

**UNIVERSIDAD NACIONAL  
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**NATURALEZA PRIVADA DE LOS VIÁTICOS Y LA  
CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**BACH. EDGARD GIOMAR RAMÍREZ ONCOY**

**ASESOR:**

**DR. ROBINSON RICARDO SÁNCHEZ ESPINOZA**

**HUARAZ, PERÚ**

**2020**



**UNIVERSIDAD NACIONAL  
SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**NATURALEZA PRIVADA DE LOS VIÁTICOS Y LA  
CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PECULADO EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**BACH. EDGARD GIOMAR RAMÍREZ ONCOY**

**ASESOR:**

**DR. ROBINSON RICARDO SÁNCHEZ ESPINOZA**

**HUARAZ, PERÚ**

**2020**



**FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL**

**1. Datos del autor:**

Apellidos y Nombres: \_\_\_\_\_

Código de alumno: \_\_\_\_\_ Teléfono: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ D.N.I. n°: \_\_\_\_\_

*(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)*

**2. Tipo de trabajo de investigación:**

Tesis Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

**3. Para optar el Título Profesional de:**

\_\_\_\_\_

**4. Título del trabajo de investigación:**

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

**5. Facultad de:** \_\_\_\_\_

**6. Escuela o Carrera:** \_\_\_\_\_

**7. Asesor:**

Apellidos y nombres \_\_\_\_\_ D.N.I n°: \_\_\_\_\_

E-mail: \_\_\_\_\_ ID ORCID: \_\_\_\_\_

**8. Referencia bibliográfica:** \_\_\_\_\_

**9. Tipo de acceso al Documento:**

Acceso público\* al contenido completo. Acceso

restringido\*\* al contenido completo

*Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.*

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:

\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_



## 10. Originalidad del archivo digital

*Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.*

Firma del autor

## 11. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

*Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.*



*El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.*

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI "Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA".

## 12. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la  
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:



Varillas William Eduardo

Asistente en Informática y Sistemas

- UNASAM -

**\*Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**\*\* Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.





**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**  
**SECCION DE GRADOS Y TITULOS**



**ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL**

**PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO, TOMO V, FOLIO 114 – FDCCPP**

MODALIDAD: TESIS

En la ciudad de Huaraz, siendo las quince horas del día viernes veinticinco de junio del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Dr. ELMER ROBLES BLACIDO	:	PRESIDENTE
Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO	:	SECRETARIO
Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA	:	VOCAL

Con el objeto de examinar, la **Sustentación de Tesis**, titulada: “**Naturaleza Privada de los Viáticos y la Configuración del Delito de Peculado en el Ordenamiento Juridico Peruano**”; del bachiller **RAMIREZ ONCOY EDGARD GIOMAR**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, el bachiller fue llamado por su nombre e invitado a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual fue examinado en relación a la Tesis sustentada. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

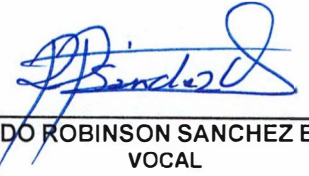
**PROMEDIO : DIECISEIS.**

**RESULTADO : Aprobado por unanimidad.**

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** lo **Declara: APTO**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las diecisiete horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.

  
Dr. ELMER ROBLES BLACIDO  
PRESIDENTE

  
Mag. PEPE ZENOBIO MELGAREJO BARRETO  
SECRETARIO

  
Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA  
VOCAL

## JURADOS

---

Dr. Elmer Robles Blácido

Presidente

---

Mag. Pepe Zenobio Melgarejo Barreto

Secretario

---

Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza

Vocal



**Asesor**

Dr. Ricardo Robinson Sánchez Espinoza



## DEDICATORIA

*A mis padres, por los primeros pasos, los empujones, y por dar lo mejor de sí; a mis hermanos, con quienes comparto mi vida, entre risas, tristezas y, sobre todo, alegrías, por su paciencia conmigo.*





## AGRADECIMIENTOS

A los docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, por sus enseñanzas en el desarrollo de mi vida universitaria.



## ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS .....	iii
RESUMEN .....	vi
ABSTRACT .....	vi
INTRODUCCIÓN .....	1

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

1.1 Descripción del problema.....	3
1.2 Formulación del problema.....	8
1.2.1 Problema general.....	8
1.2.2 Problemas específicos.....	8
1.3 Justificación y viabilidad .....	9
1.3.1 Justificación teórica .....	9
1.3.2 Justificación práctica.....	10
1.3.3 Justificación legal.....	11
1.3.4 Justificación metodológica .....	11
1.3.5 Delimitación .....	11
1.3.6 Ética .....	11
1.4 Formulación de objetivos .....	12
1.4.1 Objetivo general.....	12
1.4.2 Objetivos específicos .....	12
1.5 Hipótesis .....	12
1.5.1 Hipótesis general.....	12
1.5.2 Hipótesis específicas.....	13
1.6 Variables .....	13
1.7 Metodología.....	14
1.7.1 Tipo de investigación.....	14
1.7.2 Diseño de investigación.....	14
1.7.3 Métodos de investigación .....	15
1.7.4 Unidad de análisis y plan de muestreo .....	16
1.7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de la información .....	17



## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes .....	18
2.2 Bases teóricas .....	21
2.2.1 La naturaleza jurídica de los viáticos.....	21
2.2.2 Delitos contra la Administración pública .....	27
2.2.3 Problemática jurídico-penal de los viáticos en relación con el delito de peculado.....	52
2.2.4 Supuestos de hecho referente a los viáticos .....	57
2.3 Definición de términos.....	59

## CAPÍTULO III RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1 Resultados doctrinarios.....	62
3.1.1 Argumentos que respaldan la postura del tesista .....	62
3.1.2 Argumentos en contra de la postura del tesista.....	80
3.2 Resultados normativos.....	83
3.2.1 Normatividad interna .....	83
3.2.2 En el derecho comparado .....	90
3.3 Resultados jurisprudenciales .....	91
3.3.1 Jurisprudencia que sustenta la postura del tesista .....	91
3.3.2 Jurisprudencia en contra .....	94

## CAPÍTULO IV VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

4.1 Validación de la hipótesis general .....	96
4.2 Validación de las hipótesis específicas.....	97
4.2.1 Hipótesis específica N° 1.....	97
4.2.2 Hipótesis específica N° 2.....	98
CONCLUSIONES .....	100
RECOMENDACIONES .....	102
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	103

## RESUMEN

La investigación tuvo la finalidad de determinar los fundamentos jurídicos que justifican la naturaleza privada de los viáticos y la configuración del delito de peculado de viáticos en el Perú, con base en las teorías del bien jurídico protegido en el delito de peculado, la esfera de custodia de los viáticos, la función pública y actividad privada, las cuales respaldan la naturaleza jurídica privada de los viáticos. Se buscó determinar la naturaleza jurídica privada de los viáticos y establecer los supuestos y los fundamentos que configuran el delito de peculado respecto a los viáticos, ya que en la jurisprudencia peruana se ha asumido una posición contraria, y, en algunos casos, poco clara, lo que deja aún vacíos. De esta manera, se busca uniformizar la doctrina y la jurisprudencia peruana respecto al tema en el Perú, en donde existía inseguridad sobre el tema, la cual ha disminuido debido a los acuerdos jurisprudenciales, pero aún permanecen vacíos y puntos sin resolver. La investigación desarrollada fue dogmática jurídica; el método general empleado fue el descriptivo, y los métodos específicos, la argumentación, el exegético, el dogmático y el hermenéutico; las técnicas empleadas fueron el análisis documental y la bibliográfica, y los instrumentos, el análisis de contenido y las fichas textuales, respectivamente. Los resultados de la investigación plantean la determinación de la naturaleza jurídica privada de los viáticos y el establecimiento de un supuesto en el cual se configuraría el delito de peculado, conclusión a la que se llega con base en fundamentos dogmáticos y jurídicos.

**Palabras clave:** Administración pública, delito de peculado, doctrina, jurisprudencia, naturaleza jurídica, viáticos.

## ABSTRACT

The purpose of the investigation was to determine what legal grounds justify the private nature of per diem and the configuration of the crime of embezzlement in Peru, based on the theories of the legal asset protected in the crime of embezzlement, the sphere of custody of the per diem. per diem, public function and private activity; that support the private legal nature of per diem. It was sought to determine the private legal nature of travel expenses, in the same way, to establish that assumptions and under what grounds regarding travel expenses, constitute the crime of embezzlement, since in Peruvian jurisprudence an opposite position has been taken, and in some cases has not been clear, leaving still empty. Thus, seeking to standardize the Peruvian doctrine and jurisprudence on the subject. In Peru there was insecurity on the subject, which has decreased, due to jurisprudential agreements, but this has still left gaps and unresolved issues. The research carried out was legal dogmatic; the general method used was descriptive and the specific methods were: argumentation, exegetical, dogmatic and hermeneutical; in addition to the techniques of documentary and bibliographic analysis with its instruments, content analysis and files: textual, commentary, summary and criticism, respectively. The results of the investigation propose the determination of the private legal nature of the per diem and the establishment of an assumption in which it would constitute the crime of embezzlement, a conclusion reached based on dogmatic and legal grounds.

**Keywords:** Public administration, Crime of embezzlement, Doctrine, Jurisprudence, Legal nature, and Per diem.

## INTRODUCCIÓN

En la última década, los viáticos han sido objeto de análisis tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, y se ha discutido sobre su naturaleza jurídica y si su apropiación configura el delito de peculado. Ante tal situación, la postura que ha asumida nuestra jurisprudencia es la de la naturaleza pública de los viáticos, postura asumida también por varios países de la región, aunque existen posturas muy consistentes que fundamentan lo contrario. Esta postura, asumida por la jurisprudencia peruana, se basa en la supuesta finalidad pública de los viáticos, así como en el origen poseen, que, al ser ambos públicos, la comisión y su origen, se considera que su naturaleza jurídica es pública; así, el fundamento para que la apropiación de los viáticos no constituya delito de peculado se ha basado en la calidad que estos poseen, la cual no encajaría en la percepción, administración ni custodia, por lo que una imputación de esa naturaleza sería atípica; pero a pesar de ello, aún quedan vacíos, como el supuesto de alguien que no cumple la comisión que se le encomienda y no devuelve los viáticos, las teorías que indican que la naturaleza jurídica de los viáticos es privada, que no han sido rebatidas hasta el momento de mantener dicha postura en la jurisprudencia, tales como la teoría del bien jurídico protegido, en el delito de peculado, la función pública y actividad privada en función a los viáticos, y la esfera de protección en la que los mismos se ubican.

La investigación, en cumplimiento de las exigencias teóricas y metodológicas, está estructurada en cuatro capítulos. En el capítulo I se presenta el planteamiento del problema, el cual se basa en la postura que defendemos respecto a la naturaleza jurídica privada de los viáticos, se plantean algunos objetivos

generales y específicos con la finalidad de refutar lo planteado jurisprudencialmente, de modo que la investigación tenga una justificación teórica, práctica y legal.

El capítulo II está enfocado al desarrollo del marco teórico, y tiene como finalidad desarrollar las variables en profundidad para fundamentar las hipótesis. Así, en este capítulo se desarrollan las teorías acerca de los viáticos, su naturaleza jurídica y su concepto, así como los elementos subjetivos y objetivos del delito de peculado y las teorías que existen en torno a este.

En el capítulo III se plasma todo el resultado obtenido en el trabajo de investigación. En él se argumenta que mantener la postura jurisprudencial de la naturaleza jurídica pública de los viáticos contraviene la esencia que estos poseen y dejan vacíos que aún no encuentran solución y supuestos de hecho que no están del todo claros, siendo susceptible de dejar impunes ciertas conductas delictivas referente a los viáticos.

Finalmente, en el capítulo IV se desarrolla la discusión y validación de las hipótesis de investigación; con ello se pretende que el trabajo tenga una importancia no solo doctrinal, sino sobre toda práctica en las funciones de los operadores de justicia que día a día vienen abordando las situaciones presentadas, referente a supuestas apropiaciones de viáticos y su naturaleza jurídica.

Como colofón de nuestra investigación presentamos las conclusiones a las que se arribó en la investigación, las recomendaciones del caso y las referencias bibliográficas empleadas en el estudio, y las ponemos a la consideración de los miembros del jurado.

## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE INVESTIGACIÓN

#### 1.1 Descripción del problema

Con la intención de determinar los criterios relacionados con la postura de que no existe la configuración del delito de peculado por apropiación de viáticos, se ha realizado diversas búsquedas sobre trabajos previos que guarden relación con el tema, ya sea de manera directa o indirecta, y que contribuyan con su desarrollo. Por ende, se analizará la estructura típica del delito peculado, establecido en el título XVIII del Código Penal, parte especial, art. 387, su alcance sobre su ubicación y evolución legislativa, y luego las teorías en sí mismas.

Como primer punto, esta investigación brindará ciertos alcances sobre el delito de peculado en el Perú, comprendido en el ámbito de los delitos contra la Administración pública.

El delito de peculado se entiende como el apoderamiento o utilización que realizan los agentes públicos respecto de los caudales o efectos de la Administración pública, con la intención de darle un destino distinto a lo planteado por la entidad pública. En la legislación peruana, el delito de peculado se encuentra en el artículo 387, dentro de la sección III de los “Delitos cometidos por los funcionarios públicos, título XVIII de los “Delitos contra la Administración pública”, en el libro segundo en la parte especial.

El peculado es uno de los más antiguos delitos de función que conoce la historia del derecho penal. Fue severamente castigado en el derecho ateniense y romano. En este último se llegó a distinguir el peculado por sustracción, retención y uso, el peculado de dinero sagrado y de los dineros públicos. Inclusive se reguló



y castigó hasta con pena de muerte el peculado de los jueces que durante su administración sustrajeran caudales públicos, extendiéndose la sanción a quienes le prestaran ayuda o a sabiendas recibieran la cantidad sustraída (Rojas, 2016).

En la actualidad, si un particular se apropia o utiliza algún caudal o efecto de la Administración pública, ello es considerado como un hurto o apropiación ilícita, mientras que antiguamente no importaba el cargo público, todas aquellas conductas estaban incorporadas en el delito de peculado.

Ante ello, se plantea la idea que el legislador es quien debe delimitar estas situaciones, plasmando en la norma las conductas que ameritan ser consideradas como infracciones y cuáles como delito.

El dolo penal en el delito funcional supone, así, un doble conocimiento, que no se observa en el de naturaleza disciplinaria: violación de la prohibición punitiva y quiebre del deber administrativo. Mientras el dolo administrativo disciplinario hace mención a la violación de la buena fe y al deber de servicio a la nación o a la confianza ciudadana puestos en el sujeto público. Constituye, en su extremo superior, el conocimiento y voluntad de estar infringiendo normas administrativas, y, en su extremo inferior, la negligencia o imprudencia en el manejo de la cosa pública (Rojas, 2016).

El delito constituye una infracción al deber de fidelidad e integridad que tiene el funcionario público que tiene para la Administración pública, pero, además, representa un ataque contra los intereses patrimoniales del Estado, dada su naturaleza patrimonial evidente. El bien jurídico protegido es la fidelidad, integridad y el correcto funcionamiento de la Administración pública, cuestión que debe rechazarse ya que se estaría conceptualizando a la Administración pública

como un ente dictatorial, pues fundamenta la lesión en sí misma. Además, al mencionar el otro bien jurídico contra la naturaleza patrimonial evidente podría considerarse que se ciñe a cuestiones meramente cuantitativas (Chanjan, 2015).

La infracción del deber en el delito de peculado juega un papel de primer filtro en la configuración del delito, sin embargo, debe estar acorde con el principio de legalidad. Es decir, la conducta debe ajustarse a la descripción del tipo penal. No solo debe cumplirse con la cualidad del sujeto activo como funcionario público, sino, además, el comportamiento debe estar considerado como penalmente relevante, estando plasmado en la norma punitiva (Peña, 2013).

Tomando en cuenta que en la legislación española el delito de peculado se encuentra inmerso en los delitos de malversación de caudales, se debe mencionar que parte de la doctrina considera que los bienes jurídicos tutelados, en concordancia con la teoría de la infracción del deber del cargo, responden a la protección de principio de eficacia, toda vez que por ella se efectiviza los fines planteados por la Administración pública. Por tanto, puede decirse que el deber del cargo posibilita que se cumpla el deber prestacional que tiene el Estado; en consecuencia, si se afecta cualquiera de ellas se rompe el nexo entre la Administración pública-ciudadano, cumpliéndose así con el peculado.

El delito de peculado es un delito pluriofensivo, ya que aparte de proteger el recto funcionamiento de la Administración pública en general, de modo específico busca proteger el deber de lealtad y probidad de los funcionarios y servidores públicos. Se pretende proteger en forma específica el deber de no lesividad al patrimonio del Estado, de modo que el bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado luego de haber

infringido su deber de no lesividad. Ello es así hasta el punto de que, si el patrimonio estatal se lesiona sin que se infrinja el deber de no lesividad, el delito de peculado no se configura (Salinas, 2014).

El Recurso de Nulidad N° 260-2009 emitido por la Sala Suprema Transitoria define los viáticos como la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque); es decir, en rigor es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamiento realizados en la consecución de su tarea.

En consecuencia, se entiende como la suma que la administración entrega a las personas que van a realizar una comisión de servicios en representación de la Administración pública con el fin que puedan solventar sus gastos de transporte, alojamiento y alimentación.

Asimismo, puede entenderse que los viáticos, al ser asignaciones de dinero para la realización de una comisión de servicios, tienen una naturaleza fungible pues se extinguen con su uso. Es decir, estos son entregados para ser gastados, lo cual se desprende de la autorización que existe para poder ser utilizados en su íntegro. Esta autorización es la que genera dudas sobre su disponibilidad y posesión conllevando a que pueda o no subsumirse en el delito de peculado doloso. La tercera característica se refiere a la legalidad, que, en palabras de Rojas (2016), “tiene que estar previsto en las normas internas de la administración. Los viáticos salen de una partida presupuestal”.

De aquí se denota el perjuicio patrimonial causado con su apropiación, toda vez que es un dinero que se encuentra presupuestado para cubrir gastos de la Administración pública, tal y como lo entiende la teoría patrimonialista. Sin embargo, este aspecto es refutado en parte por cierto sector de la doctrina, ya que considera que no basta el uso indebido, sino que también debe haberse afectado la función encomendada. Como última característica aparece la comunicabilidad, por lo que el sujeto público tiene la obligación de rendir cuentas y sustentar con documentos pertinentes el uso que ha dado a los viáticos, uso que debe responder a los fines encomendados.

Por ello, resulta posible que los viáticos no saliesen del ámbito de la Administración pública. Es decir, si bien el agente público ostentara la posesión inmediata de los caudales, esto no evitaría que la Administración de Justicia mantenga la posesión mediata sobre estos, lo cual encuentra lógica con la obligación de rendición de cuentas y otros parámetros previamente establecidos para su utilización. Por tanto, si es que el funcionario o servidor público actúa por encima de las facultades otorgadas, torciendo el destino asignado a dichos caudales, de su pleno conocimiento; es decir, si va más allá de los alcances de la disponibilidad autorizada, estará cometiendo delito de peculado doloso.

Dentro de la jurisprudencia aparecen posturas enfrentadas. Así, por un lado, la Sala Penal Permanente considera que los viáticos tienen naturaleza afín a la percepción, administración y custodia, por tanto, puede subsumirse en el delito peculado doloso, en razón de que no existe una disponibilidad absoluta sobre los viáticos, lo que demuestra con la obligación de rendir cuentas. Por otro lado, la Sala Penal Transitoria considera que los viáticos tienen una naturaleza jurídica distinta

a la percepción, administración y custodia, por lo que no configura delito de peculado, en razón de que existe autorización de gastar el ingreso de los viáticos.

En esta investigación se asume la postura de que la naturaleza jurídica de los viáticos tiene un contexto jurídico distinto a la percepción, administración y custodia, por lo que no configura delito.

Finalmente, se llega a la conclusión de que al recibir los viáticos el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto de que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. En definitiva, podemos colegir que los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplida la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda dará lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal (Recurso de Nulidad 907, 2014).

## **1.2 Formulación del problema**

### ***1.2.1 Problema general***

¿Qué fundamentos jurídicos justifican la naturaleza privada de los viáticos y la configuración del delito de peculado de viáticos en el Perú?

### ***1.2.2 Problemas específicos***

- 1) ¿Qué limitaciones tiene el acuerdo plenario 07-2019/CIJ-116?
- 2) ¿Cuál es el tratamiento doctrinal del delito de peculado de viáticos en el Perú?

## 1.3 Justificación y viabilidad

### 1.3.1 Justificación teórica

Existen diversas posturas doctrinarias y controversias acerca de la naturaleza jurídica de los viáticos; entre ellas, la más aceptada es la del tratadista peruano Salinas (2011), quien señala que “la suma de dinero asignada al funcionario o servidor público a título de viáticos se traslada a su esfera patrimonial privada, teniendo el fin de satisfacer sus necesidades personales, mas no necesidades públicas” (p. 320).

En la presente investigación, se pretende identificar y analizar la naturaleza jurídica de los viáticos para determinar si pueden o no configurar el delito de peculado doloso por apropiación. Con la determinación de la naturaleza jurídica de los viáticos, se podrá tipificar la acción delictuosa al delito de peculado doloso por apropiación, debido a que determinar si los viáticos se encuentran dentro de la esfera pública o privada tiene gran influencia en la configuración de su naturaleza jurídica.

Así mismo, el estudio y análisis de la naturaleza jurídica de los viáticos permitirá establecer los criterios para imputar la responsabilidad penal de la apropiación de viáticos cuando configure el delito de peculado.

Además, consideramos imprescindible analizar las diversas teorías respecto al delito de peculado doloso, peculado por apropiación, así como sobre la naturaleza jurídica de los viáticos. El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las de un “funcionario público”, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del tipo analizado.

### ***1.3.2 Justificación práctica***

Se centra en el aporte sobre una problemática que se suscita en la realidad que aún no tiene una efectiva solución; de manera, esta investigación servirá para orientar tanto a abogados como a magistrados disipando ciertas dudas sobre cómo proceder.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha establecido que al recibir los viáticos el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración, gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto de que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. En ese sentido, los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia. Ahora bien, si el agente público, luego de cumplir la comisión, omite rendir cuentas, ya sea en forma negligente o intencional, sin alguna duda da lugar a responsabilidad administrativa y civil, pero de ninguna manera penal (Recurso de Nulidad 907, 2014).

La presente investigación se originó en el hecho de la existencia de las discrepancias jurisprudenciales y doctrinarias que se presentan actualmente, las cuales no indican lineamientos claros y uniformes para establecer un precedente para los operadores de justicia, y siendo, además, el delito de peculado recurrente en la actualidad, necesita de un tratamiento y análisis en profundidad.

Finalmente, consideramos que la presente investigación jurídico-dogmática servirá de antecedente y base teórica para futuras investigaciones referidas a la materia de estudio seleccionada.

### ***1.3.3 Justificación legal***

La presente investigación se fundamentó en las siguientes normas legales:

- Constitución Política del Perú 1993.
- Ley Universitaria N° 30220.
- Ley General de Educación N° 28044 y su modificatoria N° 25212.
- Estatuto de la Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz.
- Reglamento de Grados y Títulos de la Escuela de Postgrado de la UNASAM.

### ***1.3.4 Justificación metodológica***

Se empleó los pasos establecidos por la metodología de la investigación científica como modelo general, y la metodología de la investigación jurídica, en particular, y se utilizó en sus diferentes etapas las técnicas e instrumentos de recolección de datos y el diseño propios de este tipo de investigación.

### ***1.3.5 Delimitación***

- **A nivel geográfico:** conformado por el ámbito nacional y mundial.
- **A nivel temporal:** perteneció al periodo 2019-2020.
- **A nivel social:** las personas que conforman y/o participan en la investigación son los legisladores y operadores jurídicos, que están estrechamente ligados al contenido dogmático y doctrinario.

### ***1.3.6 Ética***

El análisis crítico del objeto de estudio estuvo sujeto a lineamientos éticos básicos de objetividad, honestidad, respeto de los derechos de terceros, y relaciones de igualdad. El investigador asume estos principios, desde el inicio, durante y



después del proceso de investigación A efectos de cumplir el principio de reserva, el respeto a la dignidad humana y el derecho, se suscribirá una declaración de compromiso ético.

Finalmente, en el presente trabajo de investigación se respeta la endomoral de la ciencia y la ética de la investigación, así como los derechos de autor, y, por ello, los resultados obtenidos en el trabajo de gabinete se han plasmado objetivamente.

## **1.4 Formulación de objetivos**

### ***1.4.1 Objetivo general***

Determinar qué fundamentos jurídicos justifican la naturaleza privada de los viáticos y la configuración del delito de peculado de viáticos en el Perú.

### ***1.4.2 Objetivos específicos***

- 1) Delimitar las limitaciones que tiene el acuerdo plenario 07-2019/CIJ-116.
- 2) Analizar el tratamiento doctrinal del delito de peculado de viáticos en el ordenamiento jurídico nacional.

## **1.5 Hipótesis**

### ***1.5.1 Hipótesis general***

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos es privada, en razón de los fundamentos jurídicos doctrinarios de la teoría de la función pública-privada y la teoría de la esfera de custodia, así como la

configuración del delito de peculado con respecto a los viáticos, y depende de la funcionalidad afectada del bien jurídico protegido.

### ***1.5.2 Hipótesis específicas***

- 1) En el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116, en los numerales 35°, 38°, 42°, 47° y 49°, se encuentran puntos de vista contradictorios sobre aspectos de los viáticos, como su naturaleza jurídica pública, que, desde nuestro punto de vista, es errado, y la configuración del delito de peculado como resultado de la apropiación de estos, los cuales aún dejan vacíos sobre el tema en controversia.
- 2) Diversos autores de nuestra doctrina nacional consideran como bien jurídico general del delito de peculado al correcto funcionamiento de la Administración pública, y al patrimonio público funcional, como bien jurídico específico, precisando que de este último los viáticos no forman parte porque tienen una finalidad privada una vez que son entregados al funcionario o servidor público y con la condición importante, de que tienen que cumplir con la comisión encomendada.

## **1.6 Variables**

**Categoría 1:** Naturaleza privada de los viáticos.

- Viáticos
- Naturaleza jurídica privada.
- Naturaleza jurídica pública.

**Categoría 2:** No configuración del delito peculado.

- La Administración pública.
- Delitos contra la Administración pública.
- Peculado por apropiación.
- Peculado por utilización.

## **1.7 Metodología**

### ***1.7.1 Tipo de investigación***

Perteneció a la investigación dogmático-normativa; a su vez, se desarrolló la investigación jurídico-propositiva, la cual permitió comprender, ampliar y profundizar conocimientos sobre el tema de investigación planteado. Entre los métodos generales, se empleó el método dogmático y el descriptivo, y entre los métodos específicos, el inductivo-deductivo, analítico-sintético y lógico.

### ***1.7.2 Diseño de investigación***

Correspondió al diseño no experimental, debido a que careció de manipulación intencional de la variable independiente; además, no tuvo grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

#### **1.7.2.1 Diseño general**

Se utilizó el diseño transeccional o transversal, cuyo propósito fue recopilar información del hecho jurídico materia de estudio en un momento determinado

(único). Su finalidad fue describir las variables y analizar su influencia e interrelación en un momento dado.

### **1.7.2.2 Diseño específico**

Se utilizó el diseño descriptivo-explicativo, en vista de que se estudió los factores que generan sanciones problemáticas dentro de un determinado contexto y para explicar el comportamiento de las variables de estudio.

### **1.7.3 Métodos de investigación**

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Método dogmático.** Este método se empleó para tratar de entender el problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas; al mismo tiempo, estuvo orientado al estudio de la doctrina jurídica especializada, con la finalidad de realizar abstracciones (inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), y mejorar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, así como estudiar las instituciones del Derecho con el propósito de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su revisión y empleo.

Así mismo, se tuvo en cuenta el estudio de la naturaleza jurídica de los viáticos para la configuración del delito de peculado.

- **Método exegético.** Tuvo por objeto de estudio a la norma jurídica con la finalidad fue captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene las características de ser puramente formal o conceptual, y con ellas se libera a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este

método fue aplicado al estudio la de normatividad vigente sobre el problema de investigación.

- **Método de la interpretación jurídica.** La interpretación como método y como técnica actúa no solo para las normas legales, sino también para las reglas del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica. Así, en esta investigación se interpretó la normatividad referida a la naturaleza jurídica de los viáticos para la configuración del delito de peculado.
- **Método histórico-sociológico.** Con este método se realizó la comparación entre el derecho anterior y la nueva norma. Se determinó el efecto de la ley y el cambio introducido por ella. Se estudió el origen y la evolución de las instituciones y/o normas jurídicas. Asimismo, este método se empleó en el análisis de la afectación naturaleza jurídica de los viáticos para la configuración del delito de peculado.

#### ***1.7.4 Unidad de análisis y plan de muestreo***

La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales, como la doctrina, la jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estará compuesta por (a) la unidad temática, constituida por el tema del contenido a desarrollar, (b) la categorización del tema para el análisis, y (c) la unidad de registro, fase en la que se dieron curso al análisis de categorías.

### ***1.7.5 Técnicas e instrumentos de recolección de la información***

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la técnica documental, y se emplearon las fichas como instrumento, especialmente las literales y las de resumen, con base en las cuales se recogió la información sobre el problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para realizar el análisis de la doctrina y jurisprudencias, y determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la investigación. Para ello, se delimitó áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de la discusión.

Finalmente, el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos exegético y hermenéutico, y con ellos se tuvo visión sistemática del problema de estudio.

### ***1.7.6 Plan de procesamiento e interpretación de la información***

La recopilación de la información necesaria e indispensable para lograr los objetivos de la investigación se realizó a través de la técnica del análisis documental, cuyo instrumento fue el análisis de contenido; además, se empleó la técnica bibliográfica, cuyos instrumentos fueron las fichas textuales y de resumen. Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, en una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el método de la argumentación jurídica. Por último, la obtención de información se realizó a través del enfoque cualitativo. Por ello, en esta investigación no emplea la estadística, sino la aprehensión de particularidades y significados aportados por la jurisprudencia y doctrina.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Antecedentes

Como antecedente del tema de investigación que se aborda en este trabajo, se encontró la tesis titulada *Razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito peculado*, de la universidad Nacional de Cajamarca, presentada por Milagros Patricia Campos Maldonado, para optar el grado académico de maestro en Ciencias. La investigación tuvo como objetivo general el de determinar las razones jurídicas por las que los viáticos otorgados a los funcionarios y servidores públicos de la Administración pública llegan a ser instrumento configurador del delito de peculado. Según su diseño, la investigación es no experimental, encaminada de manera específica a ser un estudio de índole jurídico-descriptiva, ya que, utilizando el método de análisis, se descompuso el problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo relaciones y niveles que ofrecen una imagen de funcionamiento de la norma o institución jurídica bajo estudio. Los métodos empleados fueron el método dogmático jurídico-formalista, método analítico-sintético, método inductivo-deductivo, método de interpretación o hermenéutica jurídica y método de argumentación jurídica. Las técnicas e instrumentos para la recopilación de información y datos fueron el análisis de contenido, interpretativa y fichaje. Para el instrumento se utilizó el fichaje de la información, así como las fichas resumen, las fichas textuales y las fichas bibliográficas. La unidad de análisis estuvo constituida por la institución jurídica “delito de peculado”, la misma que se encuentra regulada en el artículo 387 del Código Penal. Según los resultados obtenidos, se encuentra plenamente justificada

la ampliación de la intervención penal en la represión del fenómeno de la corrupción, la misma que no debe presuponer necesariamente perjuicio patrimonial del Estado con relación al bien jurídico protegido en el delito de peculado.

Las conclusiones principales a las que arriba son:

- 1) La indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos transgrede el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública, fin político-criminal del delito de peculado. De lo investigado se ha podido determinar que la indebida utilización, administración y/o apropiación de dichos caudales por parte de los funcionarios y servidores públicos, trasgrede el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública; por cuanto, como se ha demostrado, la ideología que impera desde la dación del Código Penal de 1991 a la fecha es sancionar sin más ni menos conductas que atentan contra el bien jurídico correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la Administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad, y asimismo, una tendencia imperante ideológicamente de lucha contra la corrupción, de evitar la impunidad y de que la sociedad ya no vea defraudada sus expectativas de crecimiento y desarrollo, que indudablemente se ve afectada por la conducta del funcionario público.
- 2) Se ha logrado determinar que en la indebida utilización, administración y/o apropiación de viáticos se evidencia un abuso de poder del funcionario o servidor público —situación que incluso ha sido reconocida a través del Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116—, así como la inobservancia del deber funcional como elemento característico del delito de peculado, el mismo que



se encuentra proscrito en nuestra legislación penal, pues es errado que los trabajadores estatales sigan considerando a los viáticos como si fuese parte de su patrimonio personal y que por ende pueda ser utilizado y destinado a su libre arbitrio, ya que al existir la obligación de rendir cuentas, ello significa que deben realizar una buena gestión de los mismos, evitando apropiarse de ellos, protegiéndose así la administración íntegra, leal y proba del dinero público confiado al funcionario en razón de su cargo.

- 3) Se ha logrado establecer la existencia de normas que prevén deberes funcionariales, los cuales tienen que ser observados al momento del manejo de los caudales del Estado, así como las medidas de racionalidad y transparencia del gasto público, previstas en la Ley de Presupuesto del Sector Público para cada año fiscal, los principios regulatorios de economicidad, veracidad y oportunidad previstos en la Ley N° 28693, Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, y los principios rectores contenidos en el Código de Ética de la Función pública, sancionado por la Ley N° 27815, que informa sobre los principios de probidad, eficiencia, idoneidad y veracidad. De ahí, que todo trabajador estatal tenga que realizar una correcta gestión y utilización del patrimonio público, pues solo así se cumpliría con la finalidad pública encomendada; por tanto, los viáticos no pueden considerarse como si fuesen parte del patrimonio personal, ya que sirven para cubrir gastos personales, pero no se puede desnaturalizar la función de estos viáticos, pues, al existir la obligación de rendir cuentas, ello significa que deben realizar una buena gestión de los mismos.

## 2.2 Bases teóricas

### 2.2.1 La naturaleza jurídica de los viáticos

#### 2.2.1.1 El concepto de viáticos

El Diccionario de la Real Academia Española registra, entre otras, dos acepciones para la palabra *viático*: 1. “Prevención, en especie o en dinero, de lo necesario para el sustento de quien hace un viaje. 2. Subvención en dinero que se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino.”

Como se observa, en ambas definiciones siempre se alude a un elemento en común, que es el viaje o traslado de un lugar a otro de una persona a la cual le entregan una cantidad de dinero que le permita solventar sus gastos mínimos. Siendo entonces indispensable que una persona que demuestre la necesidad del viaje lo efectúe, la deducción del gasto se encontrará justificada; caso contrario el gasto será materia de reparo por parte del fisco. Cabe señalar, que aparte del gasto por el viaje a realizar, la persona que lo realice necesitará efectuar un desembolso de dinero para movilizarse, alimentarse y poder pernoctar en un lugar a manera de refugio (hostal u hotel); de allí la importancia del viático (Alva, 2014).

En ese sentido, por *viático* debe entenderse como la suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores, efectivamente realizados, que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando estos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

De ahí que *viático*, término utilizado en nuestro país, deriva de *viaje*; por lo que su expresión material dineraria, no cae dentro del ámbito laboral remunerativo, del que se excluye, por un lado, por no ser este objeto de abono en forma

permanente en el tiempo y regular en su monto; y por otro, porque no dimana de una reciprocidad obligacional que se origina de un contrato de trabajo, como en el caso de la remuneración (Alva, 2014).

En la legislación peruana, el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 728, señala que “no constituyen remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los artículos 19 y 20 del Decreto Legislativo N° 650, entre los que se considera todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio y ventaja patrimonial para el trabajador ni sea de su libre disposición”. Así, en el sector público, las comisiones de servicios, que necesariamente irrogan pago por concepto de viáticos, constituyen una forma de desplazamiento de personal previsto en el artículo 83 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 276. Estas comisiones para irrogar gastos deben obligatoriamente ser ejecutadas fuera de la localidad donde se ubica el centro de labores del comisionado e implica que aquel pernocte en el lugar de destino, por lo que resulta irracional exigírsele que lo haga diariamente en su domicilio habitual, en razón del tiempo, del medio de transporte, de la naturaleza, condiciones de la comisión y de los elevados costos de viaje que importaría su diario retorno.

*Viático*, en la terminología presupuestaria, y conforme con el Clasificador de los Gastos Públicos, aprobado por Resolución Directoral N 051-2002-EF/76.01, es una partida específica del gasto que comprende la cobertura de gastos de alimentación (desayuno, almuerzo y cena), hospedaje y movilidad local cuando el funcionario o servidor público se desplaza fuera de la localidad o de su centro de

trabajo, por comisión de servicio con carácter de eventual o transitorio. Asimismo, incluye los pasajes y gastos de transporte ocasionados por personal visitante de otros organismos, en calidad de delegado, representante o similares (Alva, 2014).

De igual forma, se ha estipulado en el artículo 3 (Rendición de cuentas) que “las personas de acuerdo a lo establecido en el artículo 119 de la presente norma que perciban viáticos deben presentar la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante declaración jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT). La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios”.

Asimismo, se indica que los viáticos cuentan con las siguientes características:

- Posee contenido patrimonial (generalmente dinero).
- Eventualidad (no pueden existir viáticos permanentes).
- Fungibilidad: no se da para invertirlo o custodiarlo, se da para gastarlo, para que el funcionario lo destine a fines específicos (movilidad, alimentación y hospedaje).

- Comunicabilidad del viático: pues el funcionario debe comunicar a la Administración una vez que se haya cumplido con sus fines específicos. De esta manera existiría un deber de rendición de cuentas.

### **2.2.1.2 Naturaleza jurídica de los viáticos**

Conforme se ha sostenido, en el ámbito administrativo estatal, los viáticos constituyen las sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y servidores públicos a fin de que cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento. Esta asignación constituye el reconocimiento normativo por parte del Estado de la necesidad de cubrir los gastos de sus empleados públicos con el propósito de que desempeñen adecuadamente sus funciones dentro de la Administración pública, y esta cumpla con sus propios fines, existiendo en contrapartida la obligación legal del servidor de dar cuenta documentada de aquéllos (Alva, 2014).

Debe tenerse presente que el concepto de viáticos constituye un elemento de índole normativa y como tal sus alcances deben ser extraídos ya sea de normas jurídicas y/o sociales. En este caso, la interpretación de la expresión “viáticos” obliga a remitirse a la variada y densa normativa administrativa reguladora de dicho concepto.

En tal sentido, la naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los funcionarios o servidores públicos como viático constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus condiciones de trabajo, por ser necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo, lo

que significa que el dinero entregado por dicho concepto se traslada del ámbito de la Administración pública al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines asignados (Alva, 2014). De modo que, al recibir los viáticos, el agente público los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Gasta los viáticos como si fueran suyos hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado. La condición para efectos de no tener cuestionamiento alguno es que al final del servicio el sujeto público debe rendir cuentas, presentando la correspondiente documentación que acredita el gasto efectuado (Salinas, 2014).

Los viáticos antes de ser entregados al funcionario tienen naturaleza jurídica pública, porque se encuentran en poder del Estado además ser parte de los recursos directamente recaudados de la entidad o del fondo de compensación municipal, pero al momento en el que se le encomienda el cumplimiento de una comisión a este funcionario, y este recibe el monto de dinero asignado por concepto de viáticos (momento importante) estos pasan a ser de naturaleza jurídica privada, porque estos caudales dejaron a ser parte del Estado para poder satisfacer las necesidades del funcionario o servidor público, el cual si bien es cierto tiene dicha calidad (Público), sus necesidades no, estas no son públicas, no le competen a la colectividad y no satisfacen sus intereses y/o necesidades, estas necesidades son privadas. Por lo tanto, en dicho momento es que adquieren esa naturaleza jurídica privada. Lo cual tampoco quiere decir que pueden efectuar gastos que vayan más allá de lo necesario para efectuar el cumplimiento de la comisión, ya que estos viáticos son asignados solamente para determinados gastos que se vayan a efectuar, como pasaje,

hospedaje, alimentación, etc., ya que darle otro fin a este dinero sería desnaturalizar su función lo cual acarrearía de ser el caso, alguna sanción administrativa y/o civil.

Como se puede apreciar, y conforme con la normativa esgrimida, la declaración jurada es un documento que puede ser utilizado por un funcionario o servidor público para sustentar los gastos irrogados en sus respectivas comisiones de servicios; únicamente cuando estos gastos se realizan en lugares o en circunstancias que imposibilitan o hace irrazonable la obtención de los correspondientes comprobantes de pago, tales como los alimentos adquiridos en ruta, en zonas rurales o alejadas de la ciudad; en casos fortuitos o de fuerza mayor; por conceptos requeridos según sea el tipo de servicios o bienes que se demanden para el cumplimiento de la comisión (Alva, 2014).

### **2.2.1.3 Respecto a la rendición de cuentas**

Los viáticos, antes de ser entregados, se encuentran clasificados en una partida de gastos con afectación presupuestal que comprenden los gastos de hospedaje, movilidad local y alimentación cuando el comisionado se desplace fuera del centro de trabajo o localidad.

Según Pérez y Merino (2015), el otorgamiento de viáticos puede realizarse, antes de la partida del comisionado, con el objetivo de que cuente con los medios para subsistir durante el viaje.

El cumplimiento de rendición de viáticos se da cuanto el comisionado, de manera oportuna y transparente, respetando los lineamientos establecidos y cumpliendo con los plazos para dicho efecto, sustenta los gastos incurridos durante el periodo que duró la comisión. Ello también se encuentra regulado en la

legislación peruana. Nuestra legislación es una de las que tiene como una de las condiciones y/o cargos de los viáticos la rendición de cuentas respecto de su uso, como se puede apreciar en la Directiva N° 002-2017-EF/43.01 del Ministerio de Economía y Finanzas, que contempla el procedimiento para la autorización de viajes de funcionarios de dicho ministerio, así como la rendición de cuentas por los viáticos gastados, directiva que, si bien varía mínimamente de acuerdo a cada institución, contiene en esencia el mismo tipo de procedimiento y de rendición de cuentas. Por ello, su incumplimiento en la actualidad puede acarrear consecuencias administrativas y civiles, mas no penales.

En la legislación extranjera, como en Chile y Ecuador, no solicitan una rendición de cuentas pormenorizada del viático, sino solamente que el funcionario o servidor acredite que cumplió con la comisión o encargo que se le encomendó, simplificando así la tarea del comisionado y otorgándoles, así, más libertades respecto al uso de estos, lo cual, por supuesto, no es motivo para que dichos viáticos sean usados en otro momento y lugar que en el cumplimiento de la comisión encomendada, tal como sucede en España con los gastos reservados.

## ***2.2.2 Delitos contra la Administración pública***

### **2.2.2.1 La conceptualización de Administración pública en concordancia con el derecho penal**

En este trabajo, realizaremos una interpretación exegética del delito de peculado, previsto en el título XVIII del Código Penal, “Delitos contra la Administración Pública”. Bajo esa óptica, cabe preguntarse entonces ¿qué entendemos por Administración pública? y ¿qué aspecto de la misma es materia de



protección jurídico-penal?; esto es, ¿protegemos la institución (visión organicista), su funcionalidad (visión funcionalista), ambos (visión mixta)? Las respuestas a estas preguntas nos permitirán entender qué es lo que se pretende castigar para lograr una eficaz tutela al bien jurídico a proteger.

En atención a ello, comenzaremos señalando que, con la aparición del Estado social de derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos, las prestaciones y servicios públicos adecuados para sus necesidades vitales. Se generan, así, nuevas dimensiones en las relaciones jurídicas entre el Estado y el ciudadano, así como entre los propios ciudadanos; entonces, si el Estado asume la obligación de procurar a la población la prestación de servicios públicos, como consecuencia inherente al Estado social, se tuvo que organizar la forma y los medios por los cuales dichas prestaciones tenían que llegar de forma efectiva a sus destinatarios (Peña, 2010).

Así, para que el Estado pudiera cumplir eficazmente sus fines esenciales de lograr el bienestar de la colectividad, fue indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se ha denominado en términos generales “Administración pública”, surgiendo la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajo los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema ius constitucional.

Por lo que, desde una perspectiva organicista, administración es ante todo, organización (ordenar económicamente los medios de que se dispone y usar convenientemente de ellos para proveer a las propias necesidades), y si se le adiciona el adjetivo pública, se estará vinculando a la idea de manejo, gestión o

gobierno, esto es, el concepto de poder público o actuación del Estado a través de sus diversos organismos para vincularse con los particulares o para desarrollar sus propios planes o proyectos de desarrollo (Frisancho, 2012).

Por el contrario, y siguiendo una perspectiva funcionalista, si bien en el terreno del Derecho administrativo existe tendencia a circunscribir la Administración pública al estricto ámbito de la actividad del aparato ejecutivo, no obstante, actualmente prima una perspectiva más amplia para dejar incluida en ella al todo estatal, en cuanto desarrollo de funciones y servicios públicos. Administración pública comprenderá entonces a las funciones y competencias específicas de los órdenes legislativo, judicial, ejecutivo, electoral, organismos autónomos del Estado (Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Tribunal Constitucional, Junta Nacional de Justicia, Banco Central de Reserva, Gobiernos locales y regionales), y demás instituciones especializadas donde se desarrolle función pública a cargo de agentes oficiales (funcionarios y servidores públicos); quedando, obviamente, fuera del ámbito de la Administración pública las funciones privadas ejercidas por bancos y empresas mixtas y estatales al régimen jurídico privado (Rojas, 2012).

Sin embargo, es dominante una visión mixta, estructural-funcionalista de Administración pública, según la cual esta sería el conjunto de poderes, órganos o entidades dotadas de una esfera de atribuciones o competencias; estos entes u organismos, en ejercicio de sus atribuciones o potestades conferidas, realizan una serie de actividades o acciones orientadas a cumplir sus fines y objetivos que justifiquen su existencia dentro del quehacer público o estatal, fines y objetivos que en concreto buscan la prestación de un servicio público eficaz y eficiente; y que en

abstracto o en general buscan el bien común de los miembros de la sociedad (Galves, 2011).

No obstante las consideraciones advertidas, somos de la opinión que debemos entender a la Administración pública como un ente jurídicamente organizado, dividido en una serie de estamentos, imbricados en los diferentes poderes del Estado; empero, dichos entes corporativos requieren para su funcionamiento de sujetos que puedan viabilizar la operatividad de sus tareas públicas; así nos referimos a los funcionarios y servidores públicos, cuya conceptualización se desarrollará líneas más adelante, a quienes la ley y la Constitución, les ha dotado de poderes y facultades funcionariales, con el objetivo fundamental de que la Administración pública pueda plasmar y concretizar sus lineamientos fundamentales. Dichas facultades pueden ser entendidas desde un doble plano; a saber: primero, desde una dimensión externa, esto es las prestaciones que deben brindar a la población, en cuanto a los servicios públicos elementales (construcción de hospitales, plazas, parques, carreteras, pistas, etc.); así como el acceso directo a servicios de salud, educación, empleo, deporte, cultura, etc.; y, segundo, desde una dimensión interna, refiere a todas las gestiones que han de plasmarse en el ámbito interno de la Administración, en cuanto a los objetivos de rendimiento, eficacia y optimización de sus labores, en el desarrollo socio-económico de la nación (Peña, 2010).

Evidenciamos entonces que en el interior del sistema administrativo no todo culmina en una prestación de servicios, sino que comparte mecanismos de regulación de sus propias entidades y con sus propias instancias; de tal forma que debemos entender a la Administración pública como toda actividad realizada por

quienes precisamente están encargados de poner en funcionamiento al Estado con el objetivo fundamental de que este pueda cumplir sus fines; pero además, debemos entenderla también como un sistema social dinámico, que genera relaciones interpersonales entre los que integran la misma con los administrados, los cuales, debido a la importancia del interés social, justifican un marco normativo que encauce dichas relaciones al régimen de legalidad propio de un Estado constitucional de derecho (Benavente & Calderón, 2012).

En nuestro país, es notoria la influencia italiana en la redacción del título dedicado a los delitos contra la Administración pública. Esta se distingue a partir de las modificaciones al Código Penal de 1924 y, posteriormente, en la redacción del Código Penal de 1991. Así, se utiliza el concepto material de Administración pública por ser el que guarda más armonía con la clasificación adoptada para describir típicamente estos delitos. En este sentido, “Administración pública” denota toda la actividad del Estado: legislativa, judicial y ejecutiva, por lo que puede ser considerada como el complejo de funciones ejercidas por los órganos estatales, en la consecución de bienes colectivos. De esta manera, se entiende que atentan contra la Administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones (Bramont, 1994).

Como sostiene García (2015), los primeros planteamientos teóricos para distinguir el delito judicial del delito administrativo tuvieron lugar en la doctrina alemana a principios del siglo XX. Estos planteamientos postularon una diferencia material no meramente procesal, sobre la base de contenidos de injusto y culpabilidad completamente diferente. La diferencia central radicaba en que el

delito judicial constituía la lesión de un bien jurídico, es decir, la afectación de un valor social vital, mientras que el delito administrativo era tenido simplemente como un acto de desobediencia a la relación de dependencia con la Administración estatal. Si bien a esta posición se le criticó desconocer que detrás de los delitos administrativos hubiese también un interés jurídico. (García, 2015)

#### **2.2.2.2 Delitos contra la Administración pública**

Para que el Estado pudiera cumplir eficazmente su fin esencial de lograr el bienestar de la colectividad fue indispensable la acción dinámica y permanente de un conjunto de entidades con múltiples acciones, adecuadas y técnicamente coordinadas entre sí. Este complejo se ha denominado en términos generales “Administración pública”, surgiendo la necesidad de tutelar que estas prestaciones públicas se realicen y desarrollen bajo los principios fundamentales que inspiran todo nuestro sistema ius constitucional (Peña, 2010).

##### **a. Desarrollo conceptual**

El título XVIII de nuestro Código Penal lleva por rúbrica “Delitos contra la Administración Pública”. Es que el legislador ha seguido así el criterio del bien jurídico preponderantemente afectado o puesto en peligro como base para la clasificación de dichos tipos penales. De este modo, el Código Penal es transmisor de la política criminal del Estado en materia de delitos funcionales y ajusta sus contenidos de tipicidad con base en una temática de gran trascendencia para la existencia del Estado peruano.

Tal y como sostiene Rojas (2012), esta tipología de delitos afecta a un punto de engarce entre el Estado y la sociedad; así, la Administración pública es un punto intermedio entre la ficción jurídica denominada Estado y la sociedad, en tanto este último es destinatario de las funciones y servicios. La importancia de la Administración pública es enorme, sino hay Administración pública, sencillamente no hay Estado; esto es, si la Administración pública marcha mal, no se cumplen los fines del Estado, los mismos que se encuentran plasmados en la Constitución Política. Y los fines del Estado los ejecutan siempre los funcionarios y servidores públicos, constituyendo estos un elemento fundamental y dinámico, pues construyen el Estado.

#### **b. La teoría del dominio del hecho**

Esta teoría fue formulada por primera vez por Hegler en los primeros años del siglo pasado, considerándose ya el dominio del hecho como elemento de la figura del autor o más exactamente, del sujeto del delito. Sin embargo, dicho autor entiende a la figura solo respecto a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, esto es, imputabilidad, dolo, imprudencia y ausencias de causas de exculpación; por lo que se sostiene que actuará culpablemente solo aquel que tiene pleno dominio de hecho. Así, junto a Hegler aparece el concepto de dominio del hecho en Frank y Goldschmidt ocupándose, también, en el marco de culpabilidad. Posteriormente, Hermann Bruns señala que la idea básica en esta teoría presupone al menos la posibilidad del dominio del hecho; siendo que tal dominio solo concurre cuando la acción es adecuada en general para ocasionar resultados del género de lo producido (Roxin, 2006).

### c. Teoría de la infracción de deber

Según el profesor Roxin (2006), se trata de deberes extrapenales que no se extienden necesariamente a cualquier partícipe delictivo, pero que es indispensable para completar el tipo penal. Se trata siempre de deberes que lógicamente están ubicados antes de la norma penal y que, por lo general, surgen en otros ámbitos del derecho. Los deberes del derecho público de los funcionarios públicos, los preceptos sobre guardar reserva del derecho de las profesiones, las obligaciones civiles de prestar alimentos y guardar fidelidad son solamente ejemplos de este tipo. Es característico de todos ellos el que los portadores de estos deberes destaquen de entre todos los demás coparticipantes a través de una relación especial con el contenido del injusto del hecho, y que el legislador, por ello, en aras de esta obligación los considere como figura central de los sucesos configuradores de la acción, y con ello, como autores. La razón de la sanción radica en que alguien atenta contra las exigencias de rendimiento provenientes del rol social que él ha asumido. Son ámbitos jurídicos de la vida ya plenamente formados, cuya funcionalidad debería ser protegida por los tipos penales (Abanto, 2007, p. 303). Conforme se ha sostenido, en los delitos especiales, como lo son la mayor parte de los delitos contra la Administración pública, se tiene como criterio para la determinación o delimitación de la autoría y participación, la teoría de los delitos de infracción del deber, formulada desde la óptica de Roxin (2006).

Una importante característica de los delitos de infracción del deber radica en que se puede ser autor de un delito especial, incluso sin haber tenido alguna participación en el dominio del hecho. El tercero o extraño a la administración que ejecuta el hecho por disposición del sujeto público obligado, tan solo será cómplice,



aunque únicamente él hubiera tenido el dominio del hecho. La tesis central es que el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor, y ello con independencia de si junto a él un actuante con o sin dominio del hecho o un omitente contribuyeron a que se produjese el resultado.

En los delitos de infracción del deber, así como en los delitos de dominio, la razón de su sanción o punición es al menos el inicio de la lesión o puesta en peligro de determinado bien jurídico, de acuerdo al tipo penal del que se trate. “Las instituciones fundamentan una obligación especial de preservar los bienes jurídicos que han sido incluidos en esa relación. El obligado es autor, porque se sitúa más cerca de los bienes jurídicos a diferencia de lo que ocurre con personas que están fuera de la vinculación de deberes. Debido a su especial posición social, el perteneciente a la institución tiene acceso directo a cada uno de los bienes jurídicos y puede perjudicarlos de manera sencilla y considerable que los que están situados fuera de la institución” (Abanto, 2007, p. 193).

Ahora bien, para diferenciar la teoría del dominio del hecho de la teoría de infracción del deber, resulta necesario afirmar que, según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que, si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción del deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la “infracción del deber”. Ejemplo de ellos son la mayoría de delitos que se tipifican en nuestro Código Penal con el título de “Delitos contra la Administración pública”, en los



cuales autor es aquel sujeto que ha infringido un deber especial que, obviamente, no les alcanza a todas las personas (Salinas, 2019).

### 2.2.2.3 El delito peculado

Con respecto a los antecedentes históricos del delito de peculado, Rojas (2012), sostiene que el peculado es un delito bastante antiguo, y así se dice que fue conocido hasta en la Biblia; que Grecia y Roma regulaban dicho delito asignándole penas muy severas, que incluso podía llegar a la muerte, donde se sancionaba a aquel que llevara bienes del Estado, de los funcionarios, de la religión, y se le denominaba delito de *peculatus*. En Roma, el peculado se identificaba con los bienes como ganado, dinero, instrumentos agrícolas, que eran masivos en dicha época, y por lo tanto los mismos constituían el contenido del peculado; y esto era así, porque eran sociedades agrarias y por tanto dichos bienes eran muy importantes para el Estado, para que los fundos de esa época pudieran tener más poder y quienes dominaban los mismos eran los senadores romanos, entre quienes se repartían los fundos, el ganado, y poseían inmensos terrenos; de allí que proviene la palabra *peculatus*: ‘el que sustrae ganado’, vinculándolo con la administración porque la gran cantidad de terratenientes eran senadores romanos, y estos los que dominaban Roma, por eso, estos hicieron leyes severísimas para castigar dicha acción, considerándolo como un atentado contra la Administración pública, por eso es que se dice, que de allí viene la historia del peculado como un delito contra la Administración.

### **2.2.2.3.1 Tipo penal**

El Código Penal peruano tipifica al delito de peculado en su artículo 387, el mismo que a la letra señala:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa. Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa. Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa. (García, 2008)

#### **2.2.2.3.2 Tipicidad objetiva**

De la normativa bajo análisis, se puede apreciar que se regula el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como culposa. Así, el delito de peculado doloso se puede definir como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública; en tanto que el delito de peculado culposo se configura cuando el funcionario o servidor público, por culpa o negligencia, da ocasión, permite, tolera u origina que un tercero sustraiga de la Administración pública, caudales o efectos que están confiados por razón del cargo que cumple o desarrolla para el Estado (Salinas, 2019).

#### **2.2.2.3.3 Modalidades del delito de peculado**

Con respecto a este punto, debemos señalar que las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores el “apropiarse” y “utilizar”, se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización (Salinas, 2019).

##### **a. Peculado por apropiación**

Se configura el delito de peculado por apropiación cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del

Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El beneficiario con el apoderamiento puede ser el autor del hecho que siempre será funcionario o servidor público o en su caso, un tercero que, como veremos, puede ser tanto un funcionario o servidor público como una persona ajena a la Administración. La conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación sui generis. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeña. El sujeto simplemente no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. Actúa como propietario del bien público (Salinas, 2019).

#### **b. Peculado por utilización**

La modalidad de peculado por utilización se configura cuando el agente usa, emplea, aprovecha, disfruta o se beneficia de los caudales o efectos públicos, sin el propósito de apoderarse del bien. En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse, sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero. Esto presupone una previa separación del bien de la esfera pública de custodia y darle una aplicación privada temporal sin consumirlo, para retornarlo enseguida a la esfera de la Administración pública. (Salinas, 2019)

#### **2.2.2.3.4 Perjuicio patrimonial**

Respecto a este punto, debemos señalar que se ha sostenido a nivel jurisprudencial, que en el delito de peculado tanto en su modalidad dolosa como

culposa, se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal. Este aspecto es importante tenerlo en cuenta, pues la jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido, al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo (Salinas, 2019).

El tipo penal de peculado, estipulado en el artículo 387 del Código Penal, no hace referencia a cuantía alguna. Para nuestro sistema penal, así el perjuicio ocasionado al Estado sea mínimo, igual se configura el delito de peculado; y así lo tiene establecido la jurisprudencia, conforme se puede evidenciar de la Ejecutoria Suprema de fecha 13 de enero del 2004, en la cual se establece que “en nuestra legislación penal, en los delitos cometidos por funcionarios públicos —peculado— no se requiere establecer la naturaleza penal de los hechos en vía extrapenal, ya que en estos delitos no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados, configurándose este cuando los bienes estatales son usados para fines ajenos al servicio y realizados por funcionario o servidores públicos (San Martín, 2006).

#### **2.2.2.3.5 El destinatario: “Para sí o para otro”**

Otro elemento objetivo del delito de peculado lo constituye el destinatario de los bienes públicos objeto de apropiación o el destinatario del usufructo de los bienes del Estado objeto de utilización. Y, ello es así, por cuanto el tipo penal bajo análisis estipula que “el funcionario o servidor público que de cualquier manera se apropia para sí o para otro de cualquier manera...”; por lo que se establece que no importa la manera en la cual se configura la apropiación; sino que lo único que importa es la apropiación de bienes públicos; de ahí que debe entenderse además, que el para sí, supone un beneficiario de la apropiación y es quien se beneficia o se enriquece con los bienes apropiados. En tanto, que en el caso de para otro, esto significa que los bienes apropiados no van a incrementar su patrimonio, sino van a favorecer económicamente a una tercera persona que inclusive puede ser otro funcionario que no está en vinculación con los bienes, por ello ese otro puede ser cualquier funcionario, servidor o un tercero. (Salinas, 2019)

Este aspecto incluso ha sido establecido como jurisprudencia vinculante en el Acuerdo Plenario N° 4-2005, de fecha 30 de septiembre de 2005. Allí se prescribe:

Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace

referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración pública. (Acuerdo Plenario N° 04, 2005).

#### ***2.2.2.3.6 Conductas típicas: administración, percepción y custodia***

En las líneas precedentes hemos establecido que para la configuración del delito de peculado es necesario que el agente esté en vinculación directa o indirecta con los bienes públicos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña; por lo que siendo ello así, se hace necesario conocer qué significa cada una de estas formas únicas o modos generadores de la posesión de bienes públicos por parte del agente establecidos en el artículo normativo bajo análisis, los que pueden concurrir de manera conjunta o separada. A nivel jurisprudencial se ha establecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2005-CJ11614, sobre estos elementos, lo siguiente: “a) La Percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. b) La Administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. c) La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales o efectos públicos” (Acuerdo Plenario N° 04, 2005)

— **Administración:** Implica capacidad de gestión y disposición de los bienes para fines públicos. La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tantas relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público

disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego. Rigen aquí las reglas civiles extra penales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la Administración pública, sean públicos o de particulares. Administran caudales y efectos los tesoreros, los almacenistas, los administradores judicialmente nombrados, los funcionarios o servidores del Banco de la Nación a cargo de los depósitos judiciales, etc. (Pariona, 2015)

- **Percepción:** Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos. Así, el tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes; es más, la posición de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual sea la fuente productora (pública o particular), como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica (bienes con destino público o aquellos sujetos a simple custodia estatal). Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio. (Pariona, 2015)
- **Custodia:** Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.



Mediante tales formas de posesión que la ley penal ha establecido, el funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la Administración pública y su manifiesta voluntad de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros (Pariona, 2015).

#### **2.2.2.3.7 Bien jurídico protegido**

El objeto de tutela es el correcto funcionamiento de la Administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad (Salinas, 2019).

En el peculado, los bienes jurídicos específicos son, en primer lugar, la correcta administración del patrimonio público, pero además se protege la intangibilidad de ese patrimonio, y es intangible porque tiene que servir para fines públicos y no así para fines particulares, pues los bienes están destinados a la colectividad para darles servicios, obras para mejorar su calidad de vida, en ese contexto el autor del peculado está llamado a garantizar la eficiencia en la administración del patrimonio público, está llamado a cautelar, a preservar el patrimonio público, a alejarlo de tentaciones de usos privados y esto supone eliminar intereses privados en la administración, supone fomentar buenas prácticas en la administración de ese patrimonio, en la custodia, en la percepción y cuando el funcionario contraviene estos preceptos está quebrantando sus deberes. De ahí, que

el garantizar la probidad del funcionario es un tercer interés protegido con el delito de peculado, porque el funcionario que se lleva los bienes no es un funcionario probo (Rojas, 2012).

#### **2.2.2.3.8 Sujeto activo: autoría**

Tanto en el delito doloso como culposo de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la Administración pública (Pariona, 2011).

Conforme la estructura normativa del artículo 387 del CP, la calidad de autor solo puede tenerla el funcionario o servidor público, constituye un delito especial propio, característico de los injustos funcionariales, cerrando el círculo de sujeto activo a aquellos que en razón de la actuación funcional se apropian o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le estén confiados en mérito al cargo (Peña, 2013).

No es suficiente que se identifique a un sujeto que ostente la investidura funcional, pues debe verificarse que la conducta típica haya tomado lugar “por razón de su cargo”; si el agente solo detenta la condición de servidor público y así ingresa a la oficina de otro empleado público y sustrae todo el sistema de cómputo, no será autor del delito de peculado sino de hurto simple, al no ser custodio del objeto material del delito (Peña, 2013).

Hablamos, por tanto, de una relación de “garante por asunción de deberes funcionales”, lo que implica que el delito —*in ixamine*— puede tomar lugar tanto en su modalidad comisiva como omisiva (Peña, 2013).

#### **2.2.2.3.9 Participación**

En cuanto a la participación en el delito de peculado de particulares o funcionarios y servidores que no tienen la relación funcional que exige el tipo penal, se presentan hipótesis interesantes. No obstante, aplicando primero la teoría de los delitos de infracción de deber, luego los principios de unidad del título de imputación y el de accesoriadad de la participación, adhiriéndonos a lo sostenido por Rojas (2012), se llegan a las siguientes conclusiones.

- Los funcionarios o servidores públicos que no estén vinculados funcionalmente con los bienes del Estado no son pasibles de cometer peculado a título de autores. Sus actos se tipifican como delitos comunes que pueden ser de apropiación ilícita o hurto.
- Los funcionarios o servidores públicos que no tengan vinculación funcional con los bienes del Estado que participen con aquellos funcionarios que sí tienen vinculación con los bienes, serán partícipes en calidad de instigadores o

cómplices del delito de peculado. En este último supuesto solo en calidad de cómplices.

- Los particulares que instiguen o colaboren con los funcionarios que no tienen vinculación funcional con los bienes del Estado, serán partícipes (instigadores o cómplices) del delito común perpetrado.

#### **2.2.2.3.10 Sujeto pasivo**

Conforme se puede apreciar del tipo penal bajo análisis, únicamente el Estado, que viene a constituir el representante o titular de la Administración pública en sus diversas manifestaciones, puede ser considerado sujeto pasivo; no pudiendo considerarse como sujeto pasivo del delito de peculado a los particulares, pues este ilícito solo puede ser cometido por funcionario o servidor público en perjuicio del Estado o de entidad dependiente de este. No obstante es necesario dejar establecido que si en un hecho concreto el afectado es una entidad pública, solo esta se constituye en agraviado y no el Estado (Salinas, 2019).

Es el Estado, como titular y dueño del patrimonio que administra, custodia o percibe los funcionarios o servidores públicos en razón del cargo funcional; y de forma mediata los comunitarios como naturales destinatarios de los fondos públicos que son apropiados indebidamente por los *intrañeus*. La representatividad de dicha entidad es asumida por la Procuraduría Pública Anticorrupción conforme al contenido del art. 46 del Reglamento del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, con excepción de aquellos casos en que la *notitia* criminal surja en razón a la intervención realizada por la Contraloría General de la República, supuesto en el cual se legitima la intervención de la Procuraduría Pública de dicha entidad, ello

según lo establece también el mismo artículo del D.S. N.º 017-2008-JUS (Díaz, 2014).

#### **2.2.2.3.11 Tipo subjetivo del injusto**

El elemento subjetivo del delito en análisis —de apropiación y utilización— es esencialmente doloso por cuanto exige del funcionario o servidor público que sus actos sean cometidos con conocimiento de que los bienes que se apropia y utiliza voluntariamente son de pertenencia pública.

El comportamiento descrito en el artículo 387 del Código Penal es de carácter tanto doloso como culposo, debido a que admite la responsabilidad por negligencia del autor. El agente debe actuar con conocimiento y voluntariamente al realizar los supuestos del tipo penal y este puede darse en sus tres modalidades: dolo directo o de primer grado, indirecto o de consecuencias necesarias, y eventual. Requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración por lo que es un delito de resultado, admitiendo tentativa (Peña, 2013).

En ese sentido, el dolo consiste en el conocimiento del carácter de bien público y de la relación funcional, así como la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes. Precisamente, este animo especial sirve como criterio de distinción entre una u otra modalidad. Por eso no es posible el dolo eventual a diferencia del tipo argentino, sino solamente el dolo directo. El elemento subjetivo del dolo está dirigido al conocimiento del carácter público de los bienes de los que se apropia el funcionario o servidor público, conocimiento que no lo determina a no disponer de dichos bienes.

### **2.2.2.3.12 Consumación**

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso de caudal o efecto.

Desde el momento que se produce la apropiación o el inicio de la utilización de los bienes públicos en propio beneficio del agente o de tercero, en forma automática se produce un perjuicio al sujeto pasivo del delito. Cuando el bien está destinado a un tercero, el delito de peculado se consuma en el momento que el agente se apropia, no siendo necesario que el tercero reciba el bien público. Si en el caso concreto, el tercero llega a recibir el bien público ya estaremos en la fase de agotamiento del delito (García, 2008).

Aquí nos parece importante dejar establecido que tampoco la devolución de los caudales o efectos apropiados pueden servir como circunstancia de exclusión de necesidad de pena. Tal supuesto no está previsto en la legislación nacional ni puede asumirse en delitos de tanta gravedad como lo constituye el delito de peculado. Así lo ha dejado establecido el Supremo Tribunal en la Ejecutoria Suprema del 18 de julio de 2011. Allí ante el agravio del abogado defensor en el sentido que la devolución del dinero apropiado por el sentenciado debe haber tenido como circunstancia de exclusión de necesidad de pena, aun cuando se considera materialmente consumado el delito, el Supremo Tribunal expresó que “el Tribunal no se equivoca, como estima la defensa, al sostener que conforme a legislación penal vigente, la reparación posterior al daño ocasionado al bien jurídico y a su

titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad; si bien la legislación prevé efecto exoneratorio a la restitución post consumativa para determinadas figuras penales, no lo contempla para el delito de peculado”.

#### ***2.2.2.3.13 Antijuricidad***

Con respecto a este elemento del tipo penal, se ha señalado que después de verificado en la conducta analizada la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la tipicidad, el operador jurídico pasará a verificar si concurre alguna causa de justificación de las previstas en el artículo 20 del Código Penal; y, en ese sentido, se ha establecido que es posible que se materialice un estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor que el perjudicado, como puede ser la vida, integridad física, o incluso la preservación de mayor patrimonio público, Incluso también puede concurrir la causa de justificación de obrar en cumplimiento de una orden emitida por autoridad competente en ejercicio de sus funciones prevista en el inciso 9) del artículo 20 del Código Penal (Salinas, 2019).

#### ***2.2.2.3.14 Culpabilidad***

Respecto a este punto, se ha señalado que, si no concurre alguna causa de justificación, el operador jurídico continuará con el análisis para determinar si la conducta típica y antijurídica puede ser atribuida a su autor. En esta etapa tendrá que verificarse si al momento de actuar el agente era imputable, es decir, mayor de 18 años de edad y no sufría de alguna anomalía psíquica que le haga inimputable. También se verificará si el agente, al momento de exteriorizar su conducta de peculado, conocía la antijuridicidad de su conducta, es decir, se verificará si el

agente sabía o conocía que su conducta estaba prohibida por ser contraria a derecho. No es posible la concurrencia de una situación que sustente un error de prohibición. Luego determinará si el agente pudo actuar o determinarse de manera diferente a la de realizar el hecho punible de apropiarse o utilizar en su propio beneficio o de otro, de caudales o efectos del Estado. Es posible que el agente obre por miedo insuperable por ejemplo (Salinas, 2019).

Al ser un delito de resultado, la consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando este incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal. En la segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto (Rojas, 2016).

#### ***2.2.2.3.15 Tentativa***

Al ser un delito de resultado en sus dos modalidades de comisión, es perfectamente posible que la conducta del sujeto activo se quede en el grado de tentativa (Salinas, 2019). Estaremos ante una tentativa cuando el agente estando por cruzar la puerta del establecimiento público, es intervenido y encontrado llevándose el dinero en su bolsillo.

Las formas de tentativas inacabadas o frustradas, de tentativa acabada y desistimiento son perfectamente verificables, dada la fragmentación de actos ejecutivos para consumir el delito. Tanto en la consumación como en las fases punibles de tentativa se produce el quiebre del deber funcional y la afectación al patrimonio del Estado a título de lesión o peligro de lesión (Salinas, 2014).



### *2.2.3 Problemática jurídico-penal de los viáticos en relación con el delito de peculado*

Conforme se ha indicado en la problemática planteada, el tema de la presente investigación consiste en determinar las razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito de peculado; ello en razón a que se advierte que existen posiciones encontradas sobre el tema bajo análisis; tanto a nivel doctrinario como a nivel jurisprudencial, no existiendo hasta la fecha uniformidad de criterios; sin embargo, a nuestro modesto entender, creemos que ello se debe a que al asumir dichas posiciones contrapuestas no se ha realizado un análisis riguroso y menos crítico, pues dicha entelequia hubiese llevado a buen cauce tanto a la doctrina como jurisprudencia a darle un sentido único y entender la razón del ser, la función y la finalidad con que aparece este caudal, como instrumento importante dentro de la Administración pública, así como llegar a entender en qué circunstancias la indebida utilización, administración y/o apropiación de dicho caudal configuraría el delito de peculado; razón por la cual es que en la presente investigación teniendo como base las posiciones antes indicadas, es que hemos creído por conveniente analizar dicha problemática desde la perspectiva de la corriente ius filosófica del tetradimensionalismo jurídico, a efectos de asegurarle un rigor crítico dentro del marco del presente estudio; y ello, debido a que la iusfilosofía, permite entender cualquier estudio del derecho desde su ámbito ontológico: “ser”; funcionalista: “su función” y; teleológico: “el fin”, con que se crean las figuras y/o instituciones jurídicas (Frisancho, 2012). Posiciones que pasamos a detallar a continuación:

### 2.2.3.1 Posiciones que consideran que los viáticos no constituyen instrumento configurador del delito de peculado

Dentro de la doctrina encontramos a los siguientes autores:

- Barrios (2010) señala que “siempre que se esté frente a una omisión o defecto por rendición de cuentas vinculada a la entrega de viáticos, no significa, sin más, se dé necesariamente un caso de tipicidad respecto al delito de peculado, asignando solo esta última circunstancia solo para aquellos casos en que se haya identificado que el funcionario haya cumplido con la comisión de servicios encomendada, Ello quiere decir, que reconoce la existencia de la atipicidad penal —peculado—, para las omisiones, incorrecciones e irregularidades en que incurren los funcionarios públicos en las rendiciones de cuentas por otorgamiento de viáticos con fondos estatales, utilizando para ello las siguientes razones” (p. 68).
- Los viáticos son asignaciones que salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público.
- En los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.
- El servidor o funcionario detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas.
- Las inobservancias que cometen los servidores y funcionarios públicos de las leyes y reglamentos que rigen la vida jurídica de las instituciones está sujeto a responsabilidad administrativa y civil.

- El carácter fragmentario y de mínima intervención del derecho penal impide asimilar dentro de los alcances típicos del delito de peculado conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos.
- Salinas (2014), con respecto a la problemática planteada, se adhiere a la posición asumida por la doctora Elvia Barrios Alvarado, antes citada, concluyendo así que no toda omisión de rendición de cuentas configuraría tipicidad del delito de peculado; pues para él solo se configuraría el tipo penal en cuestión solo cuando el sujeto público no haya cumplido con la comisión de servicios encomendada.

Dentro de la jurisprudencia que asimila esta posición se tiene:

- Resolución de la Sala Penal Transitoria, recaída en el Expediente N° 260-2009-Loreto, del 3 de marzo de 2010, en la cual se sostiene que [los casos de funcionarios que no rindieron cuentas de los gastos de sus viáticos no tienen relevancia penal porque estos viáticos] “tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en aquel subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o del total de la suma asignada, pues el trabajador, en puridad, está autorizado a utilizar el íntegro del viático que se le asignó, aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera defectuosa, que constituyen aspectos, que en todo caso deben dilucidarse administrativamente.

### 2.2.3.2 Posiciones que consideran que los viáticos constituyen instrumento configurador del delito de peculado

Dentro de la doctrina encontramos a los siguientes autores:

- Reyna (2011) sosteniendo que, si bien existen en la posición contraria, antes referida, ciertos elementos favorables en la medida que se sustentan en la mínima intervención del derecho penal, la misma sería defendible estrictamente en términos de *lege ferenda*, por lo que su utilización por parte de la magistratura sería incompatible con el principio de legalidad, en la medida que implicaría una afectación del principio de *lex stricta*. Y que en tanto, el estado de la cuestión legislativa se mantenga inalterado, la respuesta más compatible con los objetivos político criminales propuestos por el legislador en la formulación del tipo penal de peculado, es aquella que reconoce la posibilidad de sancionar penalmente las conductas de apropiación de viáticos asignados al funcionario o servidor público, por cuanto existe la relación funcional específica entre caudal y la función pública que permitiría reconocer como uno de los elementos centrales del sistema de imputación penal propio de los delitos funcionariales: la infracción del deber (Reyna, 2011).
- Salinas (2014), con respecto a la problemática planteada, se adhiere a la posición asumida por la doctora Elvia Barrios Alvarado, antes citada, concluyendo así que no toda omisión de rendición de cuentas configuraría atipicidad del delito de peculado; pues para él solo se configuraría el tipo penal en cuestión solo cuando el sujeto público no haya cumplido con la comisión de servicios encomendada.

Dentro de la jurisprudencia que asimila esta posición se tiene:

- Resolución N° 2665-2008, del 21 de enero de 2010, emitida por la Sala Penal Permanente, en la cual se afirmó que “no retornar el saldo del viático no utilizado constituye un delito de peculado pues se habrían realizado actos de disponibilidad de un monto de dinero que le fue asignado al funcionario público para determinado fin (viáticos), sin sustentarlo cuando correspondía, es decir, realizó actos de libre disposición en su condición de funcionario público, lo que conllevó a que el estado pierda la disponibilidad sobre el bien y que los caudales entregados no cumplan su finalidad propia y legal.
- Barrios (2010) señala que siempre que se esté frente a una omisión o defecto por rendición de cuentas vinculada a la entrega de viáticos, no significa, sin más, se dé necesariamente un caso de atipicidad respecto al delito de peculado, asignando solo esta última circunstancia solo para aquellos casos en que se haya identificado que el funcionario haya cumplido con la comisión de servicios encomendada. Ello quiere decir que reconoce la existencia de la atipicidad penal —peculado—, para las omisiones, incorrecciones e irregularidades en que incurrir los funcionarios públicos en las rendiciones de cuentas por otorgamiento de viáticos con fondos estatales, utilizando para ello las siguientes razones:
  - Los viáticos son asignaciones que salen de la esfera de tutela estatal para destinarse al ámbito de custodia personal del empleado público.
  - En los viáticos subsiste la autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, con cargo a rendir cuenta.

- El servidor o funcionario detenta los bienes fuera del marco de control de la entidad pública, adquiriendo frente al traslado del bien la obligación de una rendición de cuentas.
- Las inobservancias que cometen los servidores y funcionarios públicos de las leyes y reglamentos que rigen la vida jurídica de las instituciones está sujeto a responsabilidad administrativa y civil.
- El carácter fragmentario y de mínima intervención del derecho penal impide asimilar dentro de los alcances típicos del delito de 142 Peculado conductas menores vinculadas a omisiones o deficiencias en la sustentación de gastos por asignación de viáticos con fondos públicos.

#### ***2.2.4 Supuestos de hecho referente a los viáticos***

— **Cuando el agente luego de realizado lo encomendado no rinde cuentas.**

Como se mencionó anteriormente, la no rendición de cuentas no configura el delito de peculado, debido a que el monto de dinero se usó para gastos personales en la ejecución de la comisión, y siempre en cuando se haya cumplido esta, este supuesto solamente amerita una sanción administrativa o civil, esto además en concordancia con el R.N. 907-2014, Tacna.

— **Cuando el agente realiza lo encomendado, pero realiza la rendición de**

**cuentas con documentos falsos.** En este supuesto, el punto de quiebre no se encuentra en que se haya retirado ilegalmente caudales pertenecientes del Estado, ya que estos pasaron legalmente al dominio del agente para el cumplimiento de una determinada comisión, sino que se realizó la rendición de cuentas con documentos falsos, lo cual no configura el delito de peculado y

debido a que se indica aquí que se falsifican documentos para apropiarse de los viáticos, esto carecería de sentido, ya que sería ilógico querer apropiarse de algo que se encuentra en tu esfera de dominio, y que te fue entregado para realizar gastos personales. Por lo tanto, no configura el delito de peculado, pero si es posible de ser sancionado por el delito de falsificación de documentos.

- **Cuando el agente público no realiza la comisión encomendada, pero se le asignó viáticos.** En este supuesto, los caudales del Estado si fueron retirados de manera fraudulenta de la esfera de dominio del Estado, ya que la finalidad de los viáticos es la realización de una determinada comisión, y si no se le da el fin para el cual se encuentran destinados, se desnaturaliza la esencia de estos, y no tendrían razón de ser el traslado de la esfera de dominio del Estado a la del particular, de esta forma se ocasionaría un perjuicio económico y se beneficiaría únicamente al agente que recibió el dinero, sin beneficio alguno al Estado por la ausencia de comisión alguna, por lo tanto, si se configura el delito objeto de la presente investigación.
- **Cuando el sujeto realiza la comisión de servicios y con la finalidad que la entidad pública le reembolse, rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.** En este supuesto no configura el delito de peculado, debido a que, en este caso, se realiza un traslado ficticio de los viáticos, a la esfera de dominio del agente, ya que el agente hace uso de dinero en sus gastos personales como si se le hubiese asignado viáticos, por lo que no configuraría viáticos, pero sin afectación de que incurra en el delito de falsificación de documentos.

- **Cuando el sujeto no realiza la comisión y con la finalidad que la entidad pública le reembolse, simula servicios y rinde cuentas adjuntado documentos adulterados o falsos.** En este supuesto si configura el delito de peculado, debido a que el agente no cumplió con la comisión encomendada, además estaríamos ante un supuesto de concurso real de delitos, debido a que también estaría incurriendo en el tipo penal de falsificación de documentos.

### 2.3 Definición de términos

- **Administración pública:** Para Peña (2011), son las prestaciones de servicios públicos por aquellas personas denominadas funcionarios y/o servidores públicos, a quienes la Ley y la Constitución se les encomienda dichas tareas. Se puede decir por tanto que la Administración es el instrumento por medio del cual hace uso el Estado, su aparato gubernamental para cumplir con las labores socioeconómicas que la Ley y la Constitución le confieren (p. 37).
- **Delito de peculado:** Para Peña (2011), por peculado se entiende, genéricamente, la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido. Importa aquella conducta delictiva atribuida a un funcionario público —en pleno ejercicio de su actuación funcional— quien aprovechando indebidamente su posición de custodio de caudales o efectos se apropia de los mismos, para luego sacarlos de la esfera de administración, y así ejercer un nuevo dominio sobre los mismos (p. 337).
- **Derecho:** Para Torres (2001) para definir el *derecho* debemos entender que etimológicamente este vocablo deviene de la voz latina *directum*, que forma



parte del verbo *dirigere* (dirigir), que, a su vez, está constituido por el prefijo *di-*, que indica “continuar” y de la forma verbal *regere* que equivale a ‘regir, guiar, conducir o gobernar’; es decir “continuar gobernando”. De acuerdo con esta etimología *derecho* significaría un ordenamiento firme, estable y permanente (p.88).

- **Doctrina:** Para Barreto (2014), es la opinión científica de los especialistas en el derecho penal, aunque carezca de fuerza obligatoria; no cabe duda que la doctrina ejerce una enorme influencia en los legisladores. Su importancia gravita en la elaboración o modificación de las leyes o códigos penales (p. 159).
- **Naturaleza jurídica:** Los viáticos constituyen las sumas de dinero que la Administración otorga a los funcionarios y servidores públicos a fin de que cubran los gastos que realizan para el cumplimiento de sus funciones fuera de su sede habitual de trabajo, comprendiendo los de transporte, alimentación y alojamiento. Esta asignación constituye el reconocimiento normativo por parte del Estado de la necesidad de cubrir los gastos de sus empleados públicos con el propósito de que desempeñen adecuadamente sus funciones dentro de la Administración pública, y esta cumpla con sus propios fines, existiendo en contrapartida la obligación legal del servidor de dar cuenta documentada de aquéllos.
- **Jurisprudencia:** Para Peña (1997), se asocia ineludiblemente a los fallos o resoluciones judiciales de los jueces (de investigación preparatoria, penal, superior y suprema). Sin embargo, cabe precisar que solo las resoluciones judiciales de la Corte Suprema de la República tienen carácter vinculante, de eficacia obligatoria en un caso concreto (negándose su valor como norma

imperativa). Ello no es óbice para que consideremos a la jurisprudencia dotada de un gran valor, pues, como dice Etcheverry, evita la petrificación del derecho y permite corregir interpretaciones que con el correr del tiempo y el desarrollo científico el derecho se advierte que eran erróneas (p. 129).

- **Viáticos:** Subvención en dinero que se abona a los diplomáticos para trasladarse al punto de su destino, En ese sentido, por “viáticos”, debe entenderse aquella suma destinada a la atención de gastos de hospedaje, alimentación y otros gastos menores, efectivamente realizados, que los entes públicos reconocen a sus servidores cuando estos deban desplazarse en forma transitoria de su centro de trabajo con el fin de cumplir con las obligaciones de su cargo.

## CAPÍTULO III

### RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

En este capítulo desarrollaremos los resultados doctrinarios, normativos y jurisprudenciales de la información recabada, para posteriormente arribar a conclusiones poniendo a prueba nuestras hipótesis.

#### 3.1 Resultados doctrinarios

##### 3.1.1 Argumentos que respaldan la postura del tesista

###### 3.1.1.1 La teoría de la esfera de custodia

La esfera de custodia es una teoría propia de los delitos contra el patrimonio, específicamente en los delitos de robo y hurto, en los cuales se hace trascendental esta figura a efectos de determinar la consumación o no de cada uno de ellos. Pero en el caso del viático es necesario tomarla en cuenta también, a efectos de determinar si dicho monto de dinero se encuentra en la esfera de custodia de la Administración pública o se ha privatizado; además que va de la mano con el elemento objetivo apropiar (esto en caso pueda configurarse el peculado). Siendo así, esta teoría siempre parte de los delitos comunes antes mencionados, porque radica ahí su aplicación y discusión constante.

Para establecer si algún robo o hurto fue consumado o ha quedado en grado de tentativa, hay que tener en cuenta si el autor del delito tiene la disponibilidad real de la cosa, este apoderamiento constituirá un dominio efectivo sobre el bien de manera ilícita, desapoderando al tenedor y sacando al objeto de la esfera de custodia de aquel.

Se trata en realidad de que ingresa en el patrimonio del agente un derecho real ilegalmente adquirido que antes no estaba, dicho apoderamiento, implica que el bien se encuentre dentro de la esfera de custodia del agente. De esta manera, no se trata de un real modo de adquirir el dominio, sino de la adquisición de hecho, no de derecho, de las facultades que confiere el dominio, usar, gozar y disponer libremente de la cosa, tal como legítimamente puede hacerlo el dueño, por lo que, al introducir un bien a la esfera de dominio del agente, este adquiere dichas facultades reales.

En ese tipo de delitos, la acción típica requiere del desplazamiento de la cosa por parte del sujeto activo, trasladándola desde la esfera de dominio del dueño a la suya propia. Para determinar cuándo se produce la consumación lo determinante es establecer el momento exacto en el cual el afectado deja de estar en condiciones de ejercer las facultades del dominio, o a lo menos alguna de ellas, respecto del bien mueble sustraído (Yáñez, 2009).

Hay fundamentos fácticos para sostener que existen esferas de resguardo concéntricas, esto es, esferas de custodia, dentro de otras esferas de custodia, como los casos de los hoteles, en que cada habitación ocupada es un espacio de especial resguardo, una esfera de custodia transitoria pero protegida, o los trabajadores de casa particular con moradas al interior del lugar de trabajo, o los vehículos privados al interior de un estacionamiento público, o locales comerciales menores ubicados al interior de otros locales mayores, etc. Como se puede observar, la realidad nos demuestra que la existencia de estos espacios es más común de lo que parece. De la misma forma, el sujeto que ingresa a morada ajena y en el interior se traga las joyas del afectado, aun cuando todavía se encuentre en los aposentos de la misma

habitación, ha consumado evidentemente su acción de apropiación desde el punto de vista de la total imposibilidad del propietario de la especie para poder usar, gozar o disponer de la misma. Y esto no se ve afectado por la posible recuperación de la especie, el propietario no ha podido disponer, aunque sea por un instante de sus pertenencias.

El autor Etcheberry (2001), acepta la existencia de estas dobles esferas de protección, entendiendo que el concepto de esfera de resguardo es abstracto y su significación concreta variará en cada caso; de este modo, es posible que en ciertas circunstancias el poder de hecho sobre la cosa pueda adquirirse con la simple remoción (*amotio*) de la misma, pero ello no ocurrirá siempre y necesariamente. La mayoría de las veces será a través de la *ablatio*. De hecho, precisamente sostiene la existencia de esta teoría de la doble esfera de protección en base a consideraciones relativas a la posición del sirviente en la casa de su patrón, quien puede esconder especies en sus ropas, enseres personales o habitación.

La esfera de resguardo o de dominio, ha sido definida, por algunos autores, como el ámbito de protección material del dueño de una cosa corporal mueble, “es un concepto complejo, que se puede precisar relacionándolo con la posibilidad de disposición de la cosa parte del dueño, el espacio hasta donde el dueño del bien puede hacer efectiva su facultad de gozar o disponer del mismo, noción que no exige que esté en contacto físico con la cosa”, debido a que se puede estar en posesión de algo sin tener contacto físico con la misma, como un televisor que tenemos en casa, no andamos con el televisor a todas partes para sostener que se encuentra dentro de nuestra esfera de custodia (Garrido, 1998).

La esfera de resguardo —también llamada “órbita de custodia”, “ámbito de cuidado”, “esfera de custodia” o “radio de protección”— más que ser expresión de una de las características clásicas del derecho de dominio como es la exclusividad, que supone a un titular único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa, encontrándose las demás personas obligadas a respetar el ejercicio de tales facultades, representa un poder factico que alcanza incluso a los poseedores, esto porque, en cuanto a los bienes muebles, la posesión se presume propiedad. En consecuencia, el titular del derecho de dominio o posesión está facultado para exigir a los demás miembros de la sociedad el respeto de su ejercicio, y podrá establecer todas las medidas de resguardo necesarias para llevarlo a cabo, medidas que generalmente se plasman en la delimitación de una esfera de dominio o resguardo (Etcheberry, 2001).

La esfera de custodia es una relación fáctica de poder de una persona sobre una cosa, concretada en la posibilidad de que el poseedor pueda disponer de ella, de manera tal que, por ejemplo, en un robo realizado en un taxi lo importante no es que las especies se hayan ubicado en la maletera del vehículo y no en “poder” en sentido estricto del acusado, sino la creación de una nueva esfera de custodia por parte del delincuente, quien apartó al propietario para hacerse del bien (Ministerio Público vs. Vergara, 2007), por lo que en esta nueva esfera de custodia creada por el agente no se puede ingresar sin orden judicial o flagrancia y solo a través de los agentes policiales.

El hecho que un bien se encuentre en una determinada esfera de dominio acontecerá cuando el agente tenga la posibilidad de realizar sobre la cosa actos de

libre disposición, es decir, se manifiesta al tener el sujeto activo el potencial ejercicio de facultades dominiales.

Por lo tanto, cuando el bien mueble es incorporado a la esfera de custodia del agente, este asume la capacidad de disposición sobre el mismo, capacidad que abarca múltiples posibilidades como la destrucción, consumo, deterioro, venta, donación, etcétera. La misma capacidad de disposición que posee el comisionado con los viáticos: puede realizar cualquier acto de disposición, porque se encuentra en su posesión, se encuentra en su esfera de custodia, actúa como dueño y señor del mismo, dicho monto se encuentra bajo su protección, realizando el consumo de este en gastos personales propios de la comisión, como el transporte hospedaje, alimentación, etc., además de que en el caso del dinero, el poseedor de este se presume propietario, asunto y momento diferente es la rendición de cuentas que requiere la Administración pública. Pero bajo ningún supuesto, dicho monto de dinero se encuentra en la esfera de custodia de la Administración pública, ya que, esta además de no tener contacto corporal con dicho monto dinero, no puede ejercer ningún derecho de poseedor, ni propietario sobre el mismo durante el gasto de estos.

### **3.1.1.2 Teoría de la función pública y privada**

Es necesario poder distinguir entre las funciones estatales de las actividades privadas. Las funciones estatales conforman una categoría única de prestaciones y actividades públicas para alcanzar el fin de la comunidad política: el bien común.

La expresión *función pública* es sinónima del conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación, es toda aquella actividad material o jurídica que

directa o indirectamente le es imputable al Estado. Lo esencial es la titularidad de la actividad o función, siendo por el contrario un dato accidental la forma concreta de gestión a través de la cual este se desempeñe (Rojas, 2007).

Función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Esta es la que se proyecta al interés colectivo o social, al bien común, y es realizada por órganos estatales o paraestatales.

Se trata de la actividad que realizan los funcionarios del Estado dentro del marco de las normas legales y reglamentarias correspondientes y con el propósito de manejar el aparato estatal para el cumplimiento de sus fines, ofreciendo básicamente el servicio público que requiere la población.

Según Rojas (2007), la concepción materialista de destino o teleológica sobre la naturaleza de la función pública, plantea que esta

existirá siempre y cuando las actividades realizadas o por realizar, se hallen destinadas al interés colectivo o al bien común. En este punto se presentan dos supuestos: primero, cuando tales actividades se atribuyen a los servidores o funcionarios públicos y a los órganos público-estatales; y segundo, cuando no se exige que sean necesariamente estos sujetos especiales quienes planeen, dirijan u ordenen, dejando abierta por lo mismo la concepción de entidades privadas o particulares que ejercen función pública. En el primer caso estamos frente a la concepción tradicional ortodoxa de función pública, en el segundo en una concepción extensiva o ampliada. (p. 25)



Según Bustos (1991), siguiendo la doctrina española al respecto, nos habla de la necesaria concurrencia de tres elementos para configurar función pública: “a) elemento subjetivo (función pública es la actividad llevada a cabo por un ente público); b) elemento objetivo (función pública es la actividad realizada mediante actos sometidos al derecho público); y c) elemento teleológico (función pública es aquella en la que se persigue fines públicos establecidos principalmente en la Constitución)” (p. 166).

De las diversas características de la función pública, las principales y trascendentes son: “i) es ejercicio de actividad al servicio de la nación (colectividad global del país, «intereses colectivos» que incluye las diversas reparticiones públicas: gobierno central, poder legislativo, judicial, entes autónomos, empresas públicas, gobiernos regionales y locales) ejercida por funcionarios públicos repartidos mediante niveles y competencias asignadas en las diversas reparticiones de los órganos del Estado o poderes públicos; ii) la función pública es ejercida por personas físicas, delimitadas bajo estrictas formalidades que le otorgan legitimidad, o en un contexto de flexibilizaciones las relativiza. Dicho ejercicio puede igualmente derivarse de un mandato popular, vía elecciones directas o intermediadas en determinados casos, o tener su origen en las previsiones constitucionales o legales; y por último iii) Su contenido está definido por actividades de diverso orden dirigidas a fines constitucional o legalmente previstas, por lo mismo no existe función pública al margen de la ley, contra la ley o de los mensajes constitucionales” (Rojas, 2007, p. 320).

Al parecer de Valeije (1997), la función pública, como tal, es la que involucra a las siguientes actividades:

a) Las actividades tradicionales de la administración, de sus poderes y entidades estatales, regionales o locales.

b) Los servicios prestados por particulares, aunque no estén subordinados a la organización estatal, pero que significan ejercicio de funciones públicas porque tienen una especial eficacia reconocida por el Derecho o reemplazan actividades propias de la administración. Ej. imposición de sanciones, resolución de conflictos, dar fe de la presunción de verdad, etc.

c) Las actividades de entidades de Derecho público que se encuentran bajo el régimen privado, pero cuyo fundamento es el de controlar un sector productivo de carácter estratégico o prestar un servicio determinado, y el haber sido creados por un organismo estatal y al cual están sujetos bajo un régimen especial. (p. 498)

Por lo que los viáticos no tienen como finalidad su aplicación en un sector de la población, ni invertirlos directamente en planes o fines de cada repartición pública. Al contrario, su finalidad es diferente y más modesta: ser un facilitador personalizado de las funciones o servicios públicos, ya que estas se agotan y se consuman, satisfaciendo las necesidades del favorecido con los viáticos (Valeije, 1997).

Siendo así, y concibiendo a la función pública como tal, la función que desarrolla el encargado de la comisión, evidentemente, es en pro de la entidad que representa, pero, el gasto de los viáticos, no tienen una función pública, porque no los realiza en representación de la entidad, ni en beneficio de la colectividad, sino en beneficio personal y para satisfacer necesidades de la misma naturaleza, por lo

tanto, si no existe finalidad pública en el gasto de viáticos, estos no serían públicos (Bustos, 1991).

### **3.1.1.3 Sobre la naturaleza jurídica de los viáticos**

Precisar acerca de la naturaleza jurídica de los viáticos, es de carácter muy relevante. El monto de dinero entregado por dicho concepto, que por cierto no se puede negar que parte de la Administración pública y en un principio son caudales del estado, se traslada de esta, al ámbito de competencia privada y personal a efectos de usarlo para los fines a los cuales están destinados (Barrios, 2010). Por lo que, al recibir los viáticos, el encargado de cumplir la comisión los ingresa a su esfera privada personal de vigilancia y administración. Puede gastar los viáticos como si fueran suyos (respetando lineamientos establecidos) hasta el punto que puede disponerlos en su totalidad y como mejor le parezca en su alimentación, hospedaje y movilidad en el cumplimiento del servicio encomendado.

Si bien el viático que entregan las instituciones del Estado en general, tiene un origen público, su destino no lo es, por el contrario, es personal y para ser gastado en fines elementales para la persona, a fin de darle al comisionado las facilidades materiales para cumplir con los cometidos funcionales encomendados, se producen así actos de gestión personal y privada en el manejo del dinero teniendo como objetivo viabilizar actos de función o de servicio.

Los viáticos son entregados por la administración al funcionario o servidor y tienen una función instrumental ya que son de carácter personal con la finalidad de ayudar en el cumplimiento de determinados destinos oficiales. Tales sumas de dinero al ir dirigidas a personas específicas, pierden su calidad de caudales, al

producirse la transferencia del sector público a ámbitos de dominio específicos y personales. El encargado de la comisión los tiene en su poder (en su esfera privada de custodia y protección) con la disposición de gastarlos como si fuera dueño de los mismos, esto se presume debido a que, la entidad al entregar al comisionado los viáticos, le da una especie de orden, para que los administre o custodie en su propio y directo beneficio personal al realizar la comisión encomendada, de la misma forma, es importante también, que dicho gasto se realice en el lapso de tiempo que se desarrolla la comisión, ya que sería ilógico que los gastos sean realizados tiempo antes o después de que se realice la comisión.

Conforme indica Rojas (2012), la finalidad del viático es satisfacer necesidades materiales de la persona física, específicamente del funcionario o servidor, para así poder viabilizar el cumplimiento o el apoyo de actos de función o servicio público. Su naturaleza jurídica resulta así, ser pública en su origen evidentemente y como todos conocemos, pero particular en su destino, condicionada claro, al cumplimiento del acto de función o servicio. Por lo que la entrega de estos viáticos, se realiza en calidad de transferencia en disposición, lo que da a entender que se transfiere de una esfera de custodia a otra, dando el poder a este último de disponer de ellos.

Siendo así, el nexo o puente que permite que los viáticos pasen lícitamente, de la esfera de dominio de la Administración pública a la esfera de dominio privado, lo constituye la comisión de servicios que origina dicho procedimiento, ya que, sin ella, no existiría motivo para la transferencia de dicho monto de dinero y evidentemente sería dinero obtenido ilícitamente de la Administración pública.

*A contrario sensu* ocurre cuando el acto o servicio público que hace viable el viático no se realiza por motivos de fuerza mayor, esto es, por causas imputables al favorecido con el viático, o este simula realizarlos; en ambos casos, con el objeto de apoderamiento personal de dicho caudal, ante este supuesto, el viático no habrá perdido su naturaleza pública al no personalizarse legalmente.

#### **3.1.1.4 La apropiación en el delito de peculado**

Las modalidades por las cuales el agente puede cometer el delito de peculado con dolo dependen del o los verbos rectores que se indican en el tipo penal. De ese modo, siendo los verbos rectores “apropiarse” y “utilizar”, se concluye que existen dos formas de materializar el hecho punible de peculado doloso, por apropiación y por uso o utilización (Salinas, 2011), pero la que interesa en este punto es el verbo rector apropiación.

El agente se apodera, adueña, atribuye, queda, apropia o hace suyo los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración pública para percibirlos, custodiarlos o administrarlos. El agente obra con *animus rem sibi habendi*, se hace con la tenencia fáctica del bien; sustrayéndolo de la esfera de custodia de la Administración, el autor está en posibilidad de ejercer un nuevo *dominus*, sobre los efectos o caudales, ya sea llevándose el dinero en efectivo a su domicilio o depositándolo en una cuenta bancaria.

El sujeto no administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio (Abanto, 2005). Actúa como propietario del bien público. En

igual sentido, Rojas (2002) argumenta que “apropiarse es hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos” (p. 335). No necesariamente, la apropiación, debe significar un acto típico de desposesión, esto es, sustraer un bien que se encuentra bajo la custodia del sujeto pasivo, ya que, basta que el objeto se encuentre en cualquier lugar, fuera del alcance de su titular, pero en un lugar que indica plenamente su ajenidad. Por lo que, si se aplica la lógica de la apropiación, esta describe la situación que ocurre con los viáticos, el agente se encuentra en situación de disponer de los mismos, solo que, el puente que origina la transferencia de dinero (la comisión), hace legal dicha especie de “apropiación”.

La legislación española, hace referencia a los “gastos reservados”, que son una especie de viáticos, asignados a ciertos funcionarios públicos, que, pese a que no media exigencia de realizar una rendición de los mismos, no quedan excluidos del tipo penal cuando se acredite que dichos fondos públicos han sido distraídos o apropiados sin tener en cuenta razones de orden público, ya que la sola naturaleza de gastos considerados ‘reservados’ y la eximición de la obligación de rendir cuentas no permite descartar la posibilidad de la conducta delictual (Donna, 2001). En base a ello, y trayendo dicho concepto a nuestra doctrina peruana, la razón de orden público, en el caso de los viáticos vendría a ser la comisión que se le encomienda al agente.

La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos públicos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, como en actos de disposición inmediata (venta,

alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.), cualquier acto que manifieste la intención concluyente y definitiva de no retornar el bien a las arcas del Estado, además, haciendo la precisión que, la restitución de los bienes apropiados por el funcionario público constituye un acto postconsumativo, irrelevante penalmente frente a la configuración del injusto del peculado, mas aún en el caso de dinero, debido a que el dinero es un bien fungible (Rojas, 2002).

Creus (1996) indica que sustraer implica extraer o quitar los bienes de la tenencia de la esfera administrativa en la cual han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. No es necesariamente un apoderamiento o una apropiación, puesto que no es requisito que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; siendo así, sustrae el que saca el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. La esfera de custodia o tenencia a la que no referimos para que se dé el peculado es, la actividad patrimonial del Estado (Creus, 1996). Por lo que, el delito se consuma cuando el bien ha sido quitado de la esfera de tenencia administrativa. El agente se apropia de los caudales u otros bienes sobre los cuales ejerce el derecho o facultad inherente a su función de guarda custodia, administración, etc., cuando arbitrariamente se comporta frente a ellos como señor y dueño (Bernal, 1965).

Dicho monto concebido como viáticos, el agente de mutuo propio no los separa de la administración y los pasa a su esfera de dominio privado, sino, es la propia administración quien los entrega en forma consciente y voluntaria, incluso a veces, aunque parezca descabellado, en contra de la voluntad de comisionado, por



lo que, al no verificarse la separación intencional y con ánimo de lucro del dinero de la esfera pública a la esfera privada del agente, no es posible que se perfeccione el delito de peculado (Salinas, 2016).

Como expone Peña (2011), si bien la apropiación genera que el agente disponga del bien, esto no es necesario que sea verificado, pero sí que el bien haya salido de la esfera de custodia de la administración, de forma definitiva, pues su posterior destrucción podría ser reputado como una causal de atipicidad penal, lo cual dogmáticamente es incorrecto.

Siendo así, la apropiación supone un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de tercero, lo cual, en el caso de los viáticos, no ocurre, debido a que, dicho desplazamiento de caudal del ámbito público al privado, no es realizada por iniciativa del comisionado, ni con ánimo de apropiarse, claro, siempre y cuando, este tenga la intención de cumplir con la comisión que se le encomienda y que origina el puente legal para la transferencia de viáticos, caso contrario, se puede presumir la intención de apropiarse y no existiría un puente que haga legal dicha transferencia, deviniendo así en ilícito el monto obtenido por concepto de viáticos (Peña, 2011).

*A contrario sensu* ocurre en los supuestos de administrar o custodiar el dinero perteneciente al Estado, el cual exige el tipo penal de peculado del Código Penal; en este supuesto, el sujeto público tiene la obligación extrapenal de administrar o custodiar los efectos o caudales públicos en directo beneficio de la Administración pública. No tiene orden ni autorización para disponer de los efectos o caudales en su beneficio personal.



### **3.1.1.5 El perjuicio patrimonial y el bien jurídico protegido en el delito de peculado**

Existen tendencias modernas que tienden a considerar a la Administración pública como el marco en el cual se agrupan distintos bienes jurídicos específicos, de acuerdo al delito que se trate o analice, ya que no todos los delitos que pueden cometer los funcionarios públicos o las autoridades en relación con el ejercicio de sus cargos pueden tener un mismo denominador común. Algunos pueden afectar a bienes jurídicos distintos; p. ej., un funcionario público, en el ejercicio de su cargo, podría participar en torturas, desapariciones forzadas, etc., o atentar contra la organización estatal o contra otros intereses individuales. Por eso, se ha dicho acertadamente que se debe tener cuidado, al tipificar una conducta, de cual es el aspecto de la administración que estas atacan en además del bien jurídico general.

Por lo que, como plantea Abanto (2003), aunque el bien jurídico tutelado (general), tal como se ha identificado antes, es el mismo para todo el grupo de delitos contra la Administración pública, hay que identificar, en concreto, para cada tipo penal, cuál es el bien jurídico específico.

En el delito de peculado es necesario que, con la conducta infractora de la ley penal, se haya causado perjuicio al patrimonio del Estado. “En este delito, se sanciona la lesión sufrida por la Administración pública al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes; despojo que es producido por quienes ostentan el poder administrador de los mismos, como son los funcionarios o servidores públicos, quienes al incumplir el mandato legal que establece el destino que debe darse a tales bienes, permiten que el Estado pierda su disponibilidad sobre el bien y este no cumpla su finalidad propia y legal” (Salazar, 2004, p. 346).

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta. La jurisprudencia nacional se ha orientado en este sentido al punto que en todo proceso penal por peculado se exige la realización de una pericia técnica contable o en su caso, de valorización, por la cual se evidencie el perjuicio patrimonial ocasionado al Estado. Si la pericia concluye que con la conducta del investigado no se ocasionó perjuicio patrimonial alguno, el delito de peculado no se verifica al faltarle un elemento objetivo, o el bien jurídico secundario, tutelado por estén tipo penal.

Siendo así, la postura que acogemos en nuestro sistema penal, respecto del delito de peculado, es la mixta, la cual sostiene que este delito, es pluriofensivo, debido a que busca, proteger el correcto funcionamiento de la Administración pública, pero a la vez, y como bien jurídico de segundo orden o específico (como lo llama Abanto) el patrimonio Estatal, ya que, en este tipo penal, no puede subsistir solo uno sin otro para su configuración. Esto debido a que el bien jurídico de segundo orden o específico, solo podrá verse afectado en cuanto el agente haya infringido su deber de no lesividad en cuanto al correcto funcionamiento de la Administración pública, tanto es así que si el patrimonio estatal, se lesiona sin que se haya infringido el deber extrapenal “correcto funcionamiento de la Administración pública”, el delito no se configura.

Como sostiene la postura a la cual nos adherimos, el delito de peculado es pluriofensivo, debido a que protege dos bienes jurídicos, uno principal o general, y otro secundario o específico, el “específico”, por así decirlo, es el patrimonio público. A nuestro parecer, este bien jurídico como segundo objeto de protección del delito de peculado debe entenderse en sentido funcional; es decir, lo que se protege en este delito es la funcionalidad del patrimonio estatal. El patrimonio

público debe ser protegido penalmente en tanta utilidad tenga para la consecución de los fines prestacionales de la Administración pública y dicha funcionalidad se encuentra objetivada y garantizada legalmente, por medio de los procedimientos administrativos respectivos, sobre la base de los intereses generales. En efecto, “cualquier intervención que lesione dicha funcionalidad, al margen de la existencia de un menoscabo cuantificable numéricamente, habrá de considerarse típica” (Chanjan, 2012), a menos que, dicha intervención no sea idónea para frustrar el cumplimiento de los fines asignados a los concretos fondos públicos. Es por ello que la lesión o puesta en peligro del patrimonio público debe entenderse como el menoscabo de la aptitud de los recursos públicos para cumplir los fines públicos legalmente prefijados. El perjuicio patrimonial en el peculado, entonces, se refiere al perjuicio del potencial patrimonial de la administración para el cumplimiento de sus fines, claro está que distinto a lo que ocurre en el delito de malversación de fondos.

En el caso de los viáticos, estos no son considerados fondos públicos, ni perjudican en sentido funcional el patrimonio del Estado, ya que, este monto de dinero está destinado a ser gastado, agotado por completo en el cumplimiento de la comisión, por lo cual, si la comisión se cumple, este viático cumple con la función para la cual estaba destinado, claro está, que se presenta otro supuesto, si el encargado de la comisión no cumple con esta.

Por lo que, para determinar cuán intenso ha sido el ataque contra el bien jurídico protegido por el delito de peculado, debe atenderse principalmente, aparte del monto dinerario de los bienes apropiados o utilizados, al grado de afectación que suponen tales conductas para el cumplimiento de los fines de la institución

pública defraudada. Esto es, no será igual de perjudicial, ni tendrá la misma gravedad, apropiarse de 100 nuevos soles que pertenecen a la construcción del estadio de Huaraz, ejecutado por el Gobierno Regional de Ancash, que apropiarse del mismo monto cuando este pertenece a una pequeña municipalidad distrital de la provincia de Huaraz, que está destinada a la compra de insumos para el cumplimiento de su Programa del Vaso de Leche. Por lo tanto, la sola cuantía del monto de dinero apropiado no es suficiente conforme a la teoría funcional del patrimonio público, para determinar el grado de la lesión ocasionada, siendo mucho más relevante aún en el caso de los viáticos, que han sido analizados en el párrafo anterior.

#### **3.1.1.6 Supuestos fácticos sobre los viáticos y el delito de peculado**

En la práctica, en cuanto a los viáticos y las irregularidades que pueden presentarse, existen hasta cinco supuestos fácticos puntuales, los cuales son:

- a. Cuando el agente recibe el viático, realiza la comisión y no rinde cuentas.
- b. Cuando el agente recibe el viático, realiza la comisión y rinde cuentas con documentos adulterados.
- c. Cuando el agente recibe el viático, no realiza la comisión y no rinde cuentas.
- d. Cuando el agente recibe el viático, no realiza la comisión y rinde cuentas con documentos adulterados.
- e. Las mismas acciones se aplicarán cuando el agente realice u omita las acciones descritas, pero sin recibir viáticos, sino solicitando un reembolso posteriormente.

Ante estos supuestos fácticos, consideramos que en algunos supuestos se presenta el delito de peculado en concurso con el delito contra la fe pública, en tanto que, en otros, por atipicidad no aparece el delito de peculado. En efecto, el primer supuesto no configura el delito de peculado; en caso contrario, sí podría acarrear sanción administrativa. En el segundo supuesto, tampoco configura el delito de peculado, pero debido a la adulteración de boletas sí traería consecuencias penales. En el tercer supuesto sí configura el delito de peculado, debido a que se rompió el puente que hacía legal la transferencia de dinero. En el cuarto supuesto, se da el caso de un concurso real de delitos, debido a que no realiza la comisión y posteriormente adultera las boletas que justifican el gasto, cometiendo un delito contra la fe pública.

### ***3.1.2 Argumentos en contra de la postura del tesista***

#### **3.1.2.1 Teoría de la infracción del deber en aplicación literal y aislada**

A parecer de Reyna (2011), la suma de dinero asignada al funcionario o servidor público a título de viáticos no se traslada a su esfera patrimonial, hallando sustento en que el delito de peculado es un delito de infracción de deber. Por ello, desprende obligaciones positivas de protección del patrimonio del Estado, que “permite sostener que el funcionario o servidor público que administra los viáticos está obligado a disponer correctamente de estos”. Si bien es cierto la teoría de infracción del deber es aplicada en los delitos contra la Administración pública, no puede ser aplicado de forma aislada y sin tener en consideración también el bien jurídico que protegen, porque es en función de estos que se establece si se infringió o no algún deber. En el caso del peculado y los viáticos, se debe considerar, que los

bienes jurídicos protegidos son, i) el correcto funcionamiento de la Administración pública y, ii) la funcionalidad del patrimonio del Estado; por lo que, para que se configure tal delito es necesaria la concurrencia de ambos, pero en el caso de los viáticos, solo existe un supuesto de hecho en el cual concurren ambas, y no engloba a la generalidad de supuestos como establece Reyna (2011), además que los viáticos, de acuerdo a la teoría de esfera de dominio, no son patrimonio del Estado.

### **3.1.2.2 La disponibilidad jurídica sobre los viáticos y la configuración de los delitos apropiación ilícita y peculado**

Para Peña y Linares (2016), para quienes el funcionario o servidor público sí deberá responder penalmente por apropiarse de los viáticos, pero no por el delito de peculado doloso por apropiación, sino por apropiación ilícita, pues el funcionario o servidor público no tiene plena disponibilidad jurídica sobre el dinero asignado por viáticos, la perfección delictiva para el delito de peculado, no se alcanza con el mero hecho de no devolver el dinero por concepto de viáticos no gastado, sino que se necesita algo más. Pero, esta teoría se basa en la inclusión de dos delitos, un delito común (apropiación ilícita), y el segundo, (peculado), los cuales, ante la teoría de esfera de dominio, no tendrían razón de ser, debido a que dicho monto de dinero se encuentra en la esfera privada de custodia y vigilancia del comisionado, y no se podría apropiarse de algo que le fue transferido para gastarlo en fines personales, para su propio uso, claro, haciendo la precisión, que siempre estará sujeto a condiciones, de las cuales, las principales y relevantes ante esta teoría, son rendir cuentas y devolver lo no gastado, tal y como precisa Barrios (2010). Caso contrario, por

ejemplo, en caso se omita devolver el resto sobrante, probablemente sí se pueda procesar administrativamente al comisionado.

### **3.1.2.3 Teoría de percepción con fines de administración**

Según esta teoría, los viáticos son de naturaleza pública, basando esta afirmación en que provienen de fondos públicos, y que, a pesar de ser trasladados a la esfera de custodia del comisionado, este tiene a los viáticos en calidad de percepción con fines de administración, quiere decir que ingresa a los viáticos a su esfera de dominio, pero con la finalidad de cumplir la comisión que se le encomendó; siendo así, continúan teniendo naturaleza pública (Arismendiz, 2018). Ello, en primera parte, es cierto; los viáticos provienen de fondos públicos, son públicos en su origen, lo dicho no se objeta ni se encuentra en discusión, porque incluso las remuneraciones que se les da a los servidores o funcionarios son públicos en su origen son públicos, lo cual no indica que siempre lo vayan a ser, ya que en un momento dado se privatizan. Punto que si es relevante, es la calidad que tiene el viático, porque el autor indica que son entregados en calidad de percepción con fines de administración, pero sí precisamos a que refiere la percepción, esta no encaja en la función que desempeñan los viáticos, sería una figura forzada, ya que no es necesario que este monto de dinero retorne a la esfera de dominio de la Administración pública, por lo que esta teoría fuerza muchas figuras, incluso desnaturalizándolas.

#### **3.1.2.4 Finalidad pública de los viáticos**

Otra postura indica que es erróneo pensar que con la entrega de los viáticos se autorizan gastos en exclusivo beneficio personal del comisionado, mas no tiene nada que ver el Estado. Ante lo cual, esta postura plantea que, al contrario, estos gastos ejecutados con los viáticos siempre tienen un fin público, el cual facilita la realización de la comisión de servicios, y esta característica confirma su naturaleza de caudales públicos, que son susceptibles de apropiación (Linares, 2014). Ante tal aseveración es necesario precisar que con la comisión se beneficia la entidad, pero con los viáticos se beneficia el comisionado. Sin embargo, no hay forma de que pueda beneficiarse inmediatamente la entidad con los viáticos si ni siquiera puede realizar actos de disposición sobre los mismos y no se encuentran en su esfera de custodia. Los viáticos tienen el carácter de instrumentales y facilitadores, porque son instrumentos que facilitan el cumplimiento de la comisión encomendada, motivo por el que también, se encuentran sujetos a ciertas condiciones, como que, sean gastados en fines esenciales (personales) y en el cumplimiento de la comisión encomendada, pero estas son características de los viáticos, y no se puede confundir su característica con su finalidad.

### **3.2 Resultados normativos**

#### **3.2.1 Normatividad interna**

No existe legislación en el Perú que determine si configura algún delito la supuesta apropiación de viáticos, o si siquiera son susceptibles de ser apropiados, esto es, que determine cuál es la naturaleza jurídica de los viáticos.



Siendo así, en la legislación nacional se cuenta con el delito de peculado, el cual ha sido aplicado extensivamente en muchos casos, para determinar la responsabilidad penal por su supuesto mal uso. Dicho tipo penal tiene como última modificación el Decreto Legislativo N° 1264-2016, el cual solamente añade que no podrán acogerse al régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el primer párrafo del presente artículo, sin hacer ninguna precisión acerca del supuesto de los viáticos.

Dicho tipo quedó establecido como sigue:

**Artículo 387. Peculado doloso y culposo**

“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor

de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

En cuanto a la naturaleza jurídica de los viáticos la Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15 no precisa sobre esta, pero sí indica que incluso se pueden realizar transferencias bancarias o el uso de cheques para hacer efectiva la entrega de viáticos, la cual evidencia otras formas más de privatización de este monto de dinero (Directiva de Tesorería N° 001-2007-EF/77.15, 2007).

#### **Artículo 24. Pago de otras obligaciones mediante abonos en cuentas bancarias individuales.**

“24.3 Los pagos por concepto de viáticos pueden efectuarse mediante el abono en cuentas bancarias individuales”.

**Artículo 31. Las Unidades Ejecutoras solo pueden usar cheques en forma excepcional.**

“f) Viáticos, cuando no pueda utilizarse la modalidad del abono en cuentas bancarias”.

El mismo cuerpo normativo señala las condiciones bajo las cuales se realiza la entrega de viáticos.

**Artículo 68. Aplicación de intereses por pagos indebidos o en exceso y viáticos no utilizados.**

“68.1 Inmediatamente después de detectarse un pago indebido, en exceso, que no se haya cumplido con la devolución oportuna de los viáticos no utilizados u otros conceptos, se procederá a formular el respectivo requerimiento para su devolución. A partir de dicho requerimiento y hasta que se produzca su debida cancelación, se aplica los intereses correspondientes de acuerdo a la Tasa de Interés Legal Efectiva que publica la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

68.2 El dinero recuperado de la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios se deposita utilizando la Papeleta de Depósitos a favor del Tesoro Público (T-6) con indicación del monto y concepto. El depósito correspondiente a los intereses se hará utilizando otra Papeleta T-6.

68.3 Cuando la comisión de servicios se desarrolla en el interior del país, el plazo máximo para la rendición de cuenta de viáticos es de ocho (08) días

calendarios después de culminada la misma y cuando dicha comisión es en el exterior, el plazo máximo es de quince (15) días calendario.

Ante el incumplimiento de la devolución de viáticos no utilizados en el plazo señalado debe consignarse, en el formato de entrega de los viáticos, la autorización expresa del perceptor de los mismos para que la Unidad Ejecutora o Municipalidad efectúe la retención correspondiente a través de la Planilla Única de Pagos, independientemente de las medidas aplicables por dicho incumplimiento”.

De la misma forma, en referencia a los viáticos, se cuenta con el Decreto Supremo N° 007-2013-EF, que indica o determina el monto a otorgar por concepto de viáticos, la duración de la comisión de servicios y la rendición de cuentas, las cuales son condiciones y características de los viáticos, pero no hace referencia alguna a la naturaleza jurídica de los mismos y cuyo texto es como sigue (Decreto Supremo N° 007-2013-EF, 2013):

#### **Artículo 1°. Montos para el Otorgamiento de Viáticos**

“Establézcase que los viáticos por viajes a nivel nacional en comisión de servicios para los funcionarios y empleados públicos, independientemente del vínculo que tengan con el Estado; incluyendo aquellos que brinden servicios de consultoría que, por la necesidad o naturaleza del servicio, la entidad requiera realizar viajes al interior del país, es de Trescientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles (S/. 320,00) por día.

En el caso de los Ministros de Estado, Viceministros, Jefes de Organismos Constitucionalmente Autónomos, Presidente del Poder Judicial, Jueces Supremos, Fiscales Supremos y Presidentes Regionales, Secretarios

Generales, Jefes de Organismos Públicos, Presidentes de Cortes Superiores, Jueces Superiores, Fiscales Superiores y Alcaldes, les corresponderá Trescientos Ochenta y 00/100 Nuevos Soles (S/. 380,00) de viáticos por día”.

### **Artículo 2°. Duración de la Comisión de Servicios**

“Para el otorgamiento de viáticos, se considerará como un día a las comisiones cuya duración sea mayor a cuatro (04) horas y menor o igual a veinticuatro (24) horas. En caso sea menor a dicho período, el monto del viático será otorgado de manera proporcional a las horas de la comisión.

Los viáticos comprenden los gastos por concepto de alimentación, hospedaje y movilidad (hacia y desde el lugar de embarque), así como la utilizada para el desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión de servicios”.

### **Artículo 3°. Rendición de Cuentas**

“Las personas de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la presente norma que perciban viáticos deben presentar la respectiva rendición de cuenta y gastos de viaje debidamente sustentada con los comprobantes de pago por los servicios de movilidad, alimentación y hospedaje obtenidos hasta por un porcentaje no menor al setenta por ciento (70%) del monto otorgado. El saldo resultante, no mayor al treinta por ciento (30%) podrá sustentarse mediante Declaración Jurada, siempre que no sea posible obtener comprobantes de pago reconocidos y emitidos de conformidad con lo establecido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT. La rendición de cuentas deberá presentarse dentro de

los diez (10) días hábiles contados desde la culminación de la comisión de servicios”.

#### **Artículo 4°. Financiamiento**

“La aplicación de lo establecido en la presente norma se financia con cargo al presupuesto institucional de los pliegos correspondientes, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público”.

De la misma forma la legislación interna cuenta con el Decreto Legislativo N° 27619, el cual hace precisiones acerca de los viajes por comisiones al extranjero, la autoridad competente a emitir la autorización, y la escala de los viáticos, así como las posibles consecuencias en caso de no rendir cuentas, la cual indica (Decreto Legislativo N° 27619, 2001):

#### **Artículo 6°. Sanciones**

“El incumplimiento de lo dispuesto en la presente ley acarrea la sanción administrativa del infractor, además de la devolución del íntegro de monto recibido, sin perjuicio a las sanciones civiles o penales a que hubiere lugar”.

De toda la legislación administrativa revisada, concerniente a los viáticos, no hay alguna que indique o precise la naturaleza jurídica de estos, solo hacen precisiones con respecto a las características y condiciones de estos. En lo que respecta a la legislación penal, solamente contamos con el tipo penal del delito peculado, pero este tampoco comprende a los viáticos en su texto, ni en su análisis, para así poder determinar cuál es la naturaleza jurídica estos.

Nuestra postura en relación con la legislación peruana es que no se ha llegado a determinar en nuestra legislación cuál es la naturaleza jurídica de los viáticos. Se ha regulado su procedimiento, sus características, y sus condiciones,

pero no se ha llegado a determinar si es que, con base en su naturaleza jurídica, estos pueden configurar el delito de peculado u otro delito y cuáles podrían ser los supuestos fácticos que se presentarían. Con respecto, nuestra postura respalda la idea de que los viáticos son de naturaleza jurídica privada, y que se pueden presentar hasta cinco supuestos de hecho, de los cuales solo en uno de ellos se puede observar que se configura el delito de peculado. Pero nuestro objetivo no es proponer un cambio legislativo.

### ***3.2.2 En el derecho comparado***

En cuanto al derecho comparado, se cuenta con legislaciones extranjeras en las cuales se regula acerca de los viáticos, sin precisar, si tienen naturaleza jurídica pública o privada, como en Colombia, Chile, Ecuador, Uruguay y Argentina. En ellas, conforme con su regulación legislativa, tampoco se contemplan sanciones penales en lo que respecta a los viáticos, lo cual sería un indicio de la calidad privada de los viáticos. En algunas, solo se pide que el comisionado realice informes respecto a los objetivos y productos alcanzados, como sucede en Ecuador y Chile, mas no se le solicita la rendición de cuentas pormenorizada y justificada con respecto a los viáticos, como sí sucede en los demás países de la región inicialmente mencionados.

Nuestra postura al respecto es que, como en los demás países de la región con respecto a los viáticos, en caso de que no se devuelva el monto sobrante o no se realice la rendición de cuentas, no se contemplan consecuencias penales, acarreando solamente consecuencias administrativas, e inclusive en países como Chile y Ecuador lo único que se tiene que acreditar es haber realizado la comisión

encomendada, esto, en concordancia con nuestra teoría de la esfera de dominio, según la cual, estos países estimarían que el monto entregado por concepto de viáticos se traslada a la esfera de custodia y dominio del agente, motivo por cual no consideran necesario solicitar que el comisionado realice la rendición de cuentas pormenorizada. Siendo así, es irrelevante penalmente la omisión de rendir cuentas o no devolver el monto sobrante de los viáticos que se gastó en la comisión de servicios, ya que, la comisión y su cumplimiento (lo cual es trascendental), generan la transferencia de monto entregado como viáticos de la esfera de custodia de la Administración pública a la esfera de dominio privado, postura que es adoptada por estos países de Sudamérica, y que en nuestra realidad doctrinaria, requiere ser uniformizado y establecido.

De esta manera, los Estados con legislación más desarrollada que la nuestra no contemplan la posibilidad de considerar como delito la supuesta apropiación de viáticos, porque tal figura simplemente no existe, debido a que consideran los viáticos como privado, por lo que se necesita que se establezcan bases doctrinarias más sólidas además del Acuerdo Plenario N° 07-2019, y que puedan aclarar los puntos vacíos que esta última dejó.

### **3.3 Resultados jurisprudenciales**

#### ***3.3.1 Jurisprudencia que sustenta la postura del tesista***

En nuestro país, si bien se ha establecido un acuerdo plenario con respecto a los viáticos y el delito de peculado, el cual respalda solo en parte la teoría que planteamos, también existen diversos recursos de nulidad anteriores al acuerdo



plenario y contradictorios entre sí, de los cuales los que sustentan la postura del tesista son:

Las ejecutorias supremas del 3 y 11 de marzo de 2010 y 15 de setiembre de 2010, que absolvieron a los acusados del delito de peculado, argumentando que “los viáticos tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia”, basándose en que existe una especie de autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, incluso en su totalidad, situación distinta es que con posterioridad no haya rendido cuentas o las haya efectuado de manera defectuosa, lo cual debe dilucidarse administrativamente; es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, y de persistir las deficiencias u omisiones, debe agotarse la exigencia directa antes de recurrir a las acciones legales, las cuales solo podrían ser administrativas o civiles, pero extrapenales. Siendo así, respalda nuestra postura, respecto a que los viáticos tienen una naturaleza distinta a la percepción administración y custodia, siempre y cuando se encuentren destinados a cumplir su función.

En el R.N. 907-2014, Tacna, se declaró que no hay nulidad en la sentencia que absolvió a los procesados por los delitos de colusión y peculado. En cuanto a la imputación sobre peculado, en la modalidad de apropiación de viáticos, se tiene que la procesada en su condición de presidente ejecutiva del ex-CTAR-Tacna, se habría apropiado de 1090.00 soles, otorgado en calidad de viáticos para comisiones de servicios que no llegaron a realizarse en las ciudades de Arequipa y Madre de Dios, basándose en que la apropiación de viáticos no constituye delito de peculado, puesto que su naturaleza, fines y ámbito de su otorgamiento “constituyen entregas de dinero al trabajador como parte de sus actividades y funciones de trabajo, por ser

necesarias para la prestación de servicios excepcionales que realizan fuera de su lugar de trabajo” (Recurso de Nulidad, 2014), por lo que el ámbito se traslada de la Administración pública a la esfera privada personal de vigilancia y administración, que es distinta a la administración, percepción o custodia que prescribe el delito de peculado, por lo que el incumplimiento de rendir cuentas traería consigo solo responsabilidad administrativa o civil. Por lo que los viáticos no tienen la naturaleza de caudales públicos que administra el funcionario o servidor público para ser pasibles de la comisión del delito de peculado doloso por apropiación. Con el mismo tenor y de nuestra posición también, el Recurso de Nulidad 1315-2014, el cual indica que los viáticos se trasladan de la esfera de dominio de la Administración pública a la esfera de dominio y vigilancia personal, es decir se privatizan, motivo por el que no existe el delito de peculado en cuanto a los viáticos se refiere.

**Postura:** Como podemos observar, existe jurisprudencia nacional que indica que el monto de dinero considerado como viáticos se traslada de la esfera de dominio y vigilancia de la Administración pública a la privada, pero lo que no precisan es cuál es el mecanismo legal que usan, y debido a la particularidad de los casos tampoco contemplan todos los supuestos fácticos que se presentan con los viáticos, vacío que se encontró sin resolver por un largo tiempo, pero que encontró un alivio con el acuerdo plenario 07-2019; ante ello, si bien da una solución temporal al menos al problema, esta contiene deficiencias y puntos que no están esclarecidos, para lo cual es necesario se sienten bases doctrinarias sólidas y sin contradicciones ni puntos oscuros.

### 3.3.2 *Jurisprudencia en contra*

En cuanto a la jurisprudencia en contra de nuestra postura, se encuentran también recursos de nulidad de la Corte Suprema, y, más importante aún, el Acuerdo Plenario 07-2019. En principio, contamos con el R.N. 3186-2014, Cusco, en el cual la Sala Suprema reconoce que, según la postura mayoritaria, los viáticos constituyen fondos públicos, y precisa que el gasto tiene que hacerse en el lapso en que se está cumpliendo la comisión ordenada, pues el dinero al funcionario público “le es entregado para su correcta administración”; es decir, para “cumplir los fines propios de la comisión de servicios” y no para fines privados (Recurso de Nulidad, 2015), de lo contrario se entenderá la conducta del funcionario o servidor público como apropiación del patrimonio del Estado (Recurso de Nulidad, 2015). Lo cual, a nuestro parecer, se encuentra errado, debido a la postura que mantenemos, ya que ni tienen naturaleza jurídica pública y, menos, el monto de dinero es entregado con fines de administración en beneficio del Estado, porque queda claro que si se cumple con la comisión encomendada no está en calidad de percepción administración o custodia.

De la misma forma, el R.N. 2938-2013, Lima, sus fundamentos residen en que: a) El procesado recibió el dinero “por razón de su cargo” en atención al cumplimiento a fines que la comisión de servicios ameritaba por sus competencias y para el cumplimiento de los programas pertinentes; b) Al no rendir cuentas, se reputa que dispuso de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio, apartándolo de la esfera de la Administración pública e incorporándolo a su patrimonio”, y c) Los viáticos son un dinero público que tienen finalidad de gestión o administración específica, y reglada para cumplir actividades

encomendadas en orden al cumplimiento de objetivos institucionales” (Recurso de Nulidad, 2015). En conclusión, lo que los magistrados plantean en esta sentencia, es la naturaleza pública de los viáticos, y que no se encuentran en la esfera de dominio del agente, además de beneficiar directamente a la entidad.

Posteriormente, entra en vigencia el Acuerdo Plenario N° 07-2019-CIJ, el cual, si bien esclarece algunos puntos imprecisos y que generaban inseguridad jurídica, también deja muchos puntos sin precisar. Para comenzar con respecto a la naturaleza jurídica de los viáticos, en el numeral 35, indica que estos son parte del caudal público. Posteriormente, en el numeral 42, plantea que, cuando el comisionado recibió dinero, pero no se desplazó y no lo devuelve, constituye un delito de falsedad, sin precisar siquiera qué delito refiere; pero en el numeral 49 indica que, antes de imputar el delito de peculado, es necesario verificar si el comisionado cumplió o no con la comisión, por tanto, si constituiría el delito de falsedad o peculado. Como se puede observar, el acuerdo plenario deja algunos puntos sin esclarecer y en un sentido contrario a nuestra postura.

## CAPÍTULO IV

### VALIDACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

#### 4.1 Validación de la hipótesis general

La naturaleza jurídica de las asignaciones entregadas a los agentes públicos como viáticos es privada, en razón a los fundamentos jurídicos doctrinarios de la teoría de la función pública-privada y la teoría de la esfera de custodia, así como la configuración del delito de peculado con respecto a los viáticos, dependen de la funcionalidad afectada del bien jurídico protegido:

- Ubicación de los viáticos basada en la esfera de custodia.
- Teoría de la función pública aplicada a los viáticos.
- La naturaleza jurídica de los viáticos.
- El bien jurídico protegido en el delito de peculado, la funcionalidad del perjuicio patrimonial.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los puntos 2.2.1.1; 2.2.1.2; 2.2.2.1; 2.2.3.1 y 2.2.3.2 del marco teórico; y de los resultados de investigación obtenidos referidos en los puntos 3.1.1.1; 3.1.1.2; 3.1.1.3; 3.1.1.5 y jurisprudenciales en el punto 3.3.1 y de los normativos en el punto 3.2, respecto a las modalidades de transferencia de viáticos a los agentes, debido a que son modalidades de transferir el monto de la esfera de custodia de la Administración pública a la esfera de custodia privada, pero nuestra legislación no hace precisión acerca de la naturaleza jurídica de los viáticos; caso contrario se observa en la legislación extranjera, como en Chile y Ecuador, los cuales, debido a la legislación que poseen, se advierte que consideran a los viáticos

de naturaleza jurídica privada. Se llega a la conclusión de la naturaleza privada de los viáticos, basándose en las teorías de función pública, esfera de dominio, y el bien jurídico que se protege en delito de peculado, los cuales en conjunto permiten concluir que no se tiene como viáticos al caudal del erario público, sino que ya dejó de pertenecer a la entidad estatal y se privatizó, con cargos y condiciones (lo cual no puede confundirse con la finalidad que poseen), pero, al fin y al cabo, se privatizó.

## **4.2 Validación de las hipótesis específicas**

### **4.2.1 Hipótesis específica N° 1**

En el Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116, en los numerales 35°, 38°, 42°, 47° y 49°, se encuentran puntos de vista contradictorios sobre aspectos de los viáticos, como su naturaleza jurídica pública, errado desde nuestro punto de vista, y la configuración del delito de peculado como resultado de su apropiación; por lo que aún dejan vacíos sobre el tema en controversia.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los puntos 2.2.1.1; 2.2.1.2; 2.2.2.3 del marco teórico y de los resultados de investigación obtenidos de la doctrina en el punto 3.1.1.3; 3.1.1.4, y en la jurisprudencia 3.3.2; en donde indica que los viáticos constituyen caudal del erario público, pero que más adelante, en el numeral 38 estipula que el funcionario o servidor puede hacer uso de los viáticos para sus gastos personales, claro que siempre sujeto a las condiciones establecidas; lo cual es contradictorio, ya que, si se traslada a su esfera de dominio y tiene un fin que no es público, entonces no puede tener tal naturaleza. Además, se puede observar que en el punto 42° indica

que si el comisionado recibió dinero, pero no se desplazó, y no realiza la devolución, constituye un delito de falsedad; y más adelante en el numeral 49°, indica que antes de imputar el delito de peculado, es necesario verificar si el comisionado ha cumplido con la comisión, entonces cabe preguntarse cuál delito se le debe imputar; además, cómo imputarle un delito de falsedad a alguien cuando el hecho trata de no realizar la devolución del dinero que nunca usó, porque no se trasladó, por lo que, desde nuestro punto de vista, en ese supuesto solo configura el delito de peculado, mas no un delito de falsedad. Evidentemente, dicho acuerdo plenario, además de seguir teniendo vacíos, también tiene puntos contradictorios y posiciones erradas, los cuales era necesario esclarecerlos.

#### ***4.2.2 Hipótesis específica N° 2***

Diversos autores de nuestra doctrina nacional consideran como bien jurídico general del delito de peculado al correcto funcionamiento de la Administración pública y al patrimonio público funcional, como bien jurídico específico, precisando que los viáticos no forman parte de este último porque tienen una finalidad privada una vez que son entregados al funcionario o servidor público y con la condición importante de que tienen que cumplir con la comisión encomendada.

Esta hipótesis queda convalidada en los argumentos teóricos y doctrinarios desarrollados en los puntos 2.2.2.1; 2.2.2.2; 2.2.2.3; 2.2.3.1, y de los resultados de investigación obtenidos de la doctrina en el punto 3.1.1.4; 3.1.1.5; 3.1.1.6 y en la jurisprudencia 3.3.1, en donde se precisa que el bien jurídico protegido específico es el patrimonio público, pero entendido no en sentido literal, sino en su sentido

funcional, debido a que se necesita que afecte la función para la cual están encomendados para que pueda configurar algún delito, ya que si se contempla meramente en sentido literal, si un funcionario o servidor se apropia de S/ 100 soles perteneciente al Programa de Vaso de Leche, aunque se trata de un monto irrisorio, afecta la funcionalidad del programa, porque varias familias necesitadas dejarán de percibir y/o beneficiarse de lo que ofrece este; por ello, si se entiende en sentido literal, no debería condenarse este acto, pero si se toma en cuenta la funcionalidad del monto es necesario el castigo y reproche penal para esta conducta. Siendo así, el sentido funcional del patrimonio es el que debe aplicarse en el caso del peculado de viáticos, ya que están destinados para el cumplimiento de una comisión; en caso no se realice, se estará afectando dicha funcionalidad.



## CONCLUSIONES

1. La naturaleza jurídica privada de los viáticos encuentra su fundamento en las teorías de la función pública y privada, y la teoría de la esfera de dominio, ya que no se debe confundir las condiciones bajo las cuales se entregan los viáticos, con su finalidad y su ubicación, que son determinantes al momento de definir su naturaleza.
2. El Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 yerra al determinar la naturaleza pública de los viáticos, con base en planteamientos que carecen de fundamentos sólidos, los cuales solo están basados en la función que debe cumplir el comisionado (evidentemente pública), la cual es una función personal y una condición para el agente y para la privatización de los viáticos, mas no un fin para este último, y que, a la luz de las teorías de la función pública y la esfera de dominio, quedan superados.
3. El Acuerdo Plenario 07-2019/CIJ-116 es impreciso al determinar el único supuesto con respecto a los viáticos, que consideramos sí configura el delito de peculado, el cual encuentra su fundamento en que los viáticos no llegan a personalizarse legalmente, sino, por el contrario, se configura la apropiación, cuando no se cumple con la comisión encomendada, y se perjudica la funcionalidad y finalidad para las cuales estaban destinados dichos viáticos.
4. En la doctrina, diversos autores basan la naturaleza pública de los viáticos en la teoría de infracción del deber, en la teoría de percepción con fines de administración y en la finalidad pública de los viáticos, de las cuales la primero fundamenta el uso indebido y la apropiación en el delito de peculado,

pero de ninguna forma, por sí sola, la naturaleza pública de los viáticos; la segunda indica que un funcionario o servidor recibe un monto de dinero que le pertenece al Estado, pero que debe devolverlo íntegramente; siendo así, no hay forma de incluir los viáticos en la percepción; y de acuerdo con la tercera, no se puede confundir la finalidad que tiene el agente, con la finalidad que tienen los viáticos, por lo que, tampoco justifica su naturaleza pública.

5. En el delito de peculado, como en todos los delitos de esta naturaleza, el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública, pero, además, en este tipo penal se tiene como bien jurídico específico al patrimonio público, el cual no debe ser visto en sentido literal, sino, en sentido funcional, porque no se debe evaluar y/o calcular la cuantía del monto, sino la afectación de la finalidad para la cual estaba destinado, funcionalidad que también es necesario que se aplique en el caso de los viáticos.

## RECOMENDACIONES

- Se recomienda, tanto en la actividad jurisdiccional como en la doctrina nacional, se tome en cuenta y se aplique la naturaleza jurídica privada de los viáticos, ya que se encuentra justificada su calidad, por su uso exclusivamente personal y con fines privados, durante la ejecución de la comisión de servicios.
- Se recomienda, en cuanto a la penalización del delito de peculado por viáticos, se tome en cuenta la funcionalidad del patrimonio afectado, siendo ese el único supuesto en el cual se pueda recurrir a la acción penal, esto es, cuando no se cumpla con la comisión encomendada.
- Se recomienda, tanto en los supuestos con respecto a los viáticos como en el delito de peculado en general, se tome en cuenta el bien jurídico “patrimonio público” en sentido estrictamente funcional, para no dejar impunes determinados supuestos ni sobrecriminalizar innecesariamente otros.
- Se recomienda que las futuras investigaciones tomen en cuenta la necesidad de la rendición de cuentas respecto a los viáticos, ya que, debido a su naturaleza jurídica privada, como se puede observar en legislaciones extranjeras, no es necesaria tal condición.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abanto, M. (2003). *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Abanto, M. (2005). *Delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra.
- Abanto, M. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.
- Acuerdo Plenario, 004 (Pleno Jurisdiccional 2005).
- Alva, M. J. (2014). *Elementos que debes tener en cuenta sobre los gastos de viaje al exterior*. Grijley.
- Arizmendiz, E. (2018). Los viáticos como objeto del delito de peculado. *Gaceta Penal*, 45.
- Barrios, A. E. (2010). El delito de peculado y la asignación de viáticos a un funcionario público. *Gaceta penal & Procesal Penal*, 68-70.
- Bernal, J. (1965). *Delitos contra la Administración pública*. Temis.
- Bramont, A. T. (1994). *Manual de derecho penal. Parte especial*. San Marcos.
- Bustos, J. (1991). *Manual de derecho penal. Parte especial*. Ariel.
- Chanjan, D. R. (2015). El patrimonio público en el sentido funcional. *Revista Penal Actual*, 194.
- Chanjan, R. (2012). El perjuicio patrimonial y la cuantía de lo apropiado o utilizado en el delito de peculado doloso. En R. Chanjan (2012), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú* (pp. 119 - 132). Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Campos Maldonado, M. (2017). *Razones jurídicas para considerar a los viáticos como instrumento configurador del delito peculado* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Cajamarca]. Repositorio Universidad Nacional de Cajamarca.
- Creus, C. (1996). *Derecho penal. Parte especial*. Astrea.
- Decreto legislativo N° 1264. (2016, 11 de diciembre). Normas Legales. Diario Oficial El Peruano.
- Decreto Supremo N° 007-2013-EF. (2013, 22 de enero). Normas Legales. Diario Oficial El Peruano.
- Díaz, L. D. (2014). *Actualidad Penal*. Pacífico.
- Donna, E. (2001). *Derecho penal. Parte especial*. Rubinzal; Culzoni.
- Etcheberry, A. (2001). *Derecho penal. Parte especial*. Jurídica de Chile.
- Frisancho, A. M. (2012). *Delitos contra la Administración pública*. Normas y Thesis.
- Galves, V. T. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Jurista Editores.
- García, C. M. (2008). *Delitos contra la Administración pública cometido por funcionarios públicos*. Lima: Normas y thesis.
- Garrido, M. (1998). *Derecho penal. Parte especial IV*. Jurídica de Chile.
- Ley N° 27619, Ley que Regula la Autorización de Viajes al Exterior de Servidores y Funcionarios Públicos (2002, 5 de enero). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Linares, D. (2014). La apropiación de viáticos como delito de peculado. *Gaceta Penal*, 186.
- Recurso de Nulidad 907. (2014, 15 de junio). Corte Suprema de Tacna 15.

- Ministerio Público vs. Vergara, 35924 (2007, 24 de enero). Corte de Apelaciones de Santiago
- Pariona, A. R. (2011). *Consideraciones sobre la imputación objetiva y su consolidación en el derecho penal peruano*. Pacífico.
- Pariona, A. R. (2015). *Consideraciones sobre la imputación objetiva y su consolidación en el derecho penal peruano*. Pacífico.
- Peña, A. (2010). *Estudios críticos de derecho penal y política criminal a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas.
- Peña, A. (2011). *Derecho penal. Parte especial*. Idemsa.
- Peña, A., y Linares, J. (2016). *La apropiación de viáticos como delito de peculado*. Colegio de abogados de la libertad N° 148, 224.
- Peña, R. (2013). *Estudios críticos de derecho penal y o política criminal a partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*. Ideas.
- Recurso de Nulidad, 1315 (2016, 14 de marzo). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema
- Recurso de Nulidad, 2938 (2015, 28 de abril). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema
- Recurso de Nulidad, 3186-2014 (2015,13 de julio). Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.
- Recurso de Nulidad, 907 (2014, 26 de marzo). Sala penal Permanente de la Corte Suprema.
- Reyna, A. L. (2011). Los viáticos como objeto configurador del delito de peculado. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 119-125.

- Reyna, L. (2011). *Los viáticos como objeto material del delito de peculado*. Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2002). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Rojas, F. (2007). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Rojas, F. (2012). *Derecho penal práctico, procesal y disciplinario*. Gaceta Jurídica.
- Rojas, F. (2012). *Manual operativo de delitos contra la Administración pública cometido por funcionarios públicos*. Normas y Thesis.
- Rojas, F. (2016). *Manual operativo de los delitos contra la Administración pública cometidos por funcionarios públicos*. Normas y Thesis.
- Roxin, C. (2006). *La estructura de la teoría del delito*. Civitas Ediciones.
- Salazar, N. (2004). *Delitos contra la Administración pública*. Jurista Editores.
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Salinas, R. (2014). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Salinas, R. (2016). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- Salinas, R. (2019). *Delitos contra la Administración pública*. Grijley.
- San Martín, C. C. (2006). *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra.
- Tapia, M. (2015). *Jurisprudencia penal actual 2010-2014*. Ediciones Legales.
- Valeije, I. (1997). Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública. *Cuadernos de Política Criminal*, (62), 435-498.
- Yáñez, R. (2009). Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el *íter criminis* en los delitos de robo y hurto. *Política criminal*, 4(7), 87-124.